Die Bedeutung des Schweigens bei Vertragsschlüssen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg an der Lahn.

Vorgelegt von

Wilhelm Girardet

Gerichtsreferendar aus Essen.

1917

Die Bedeutung des Schweigens bei Vertragsschlüssen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg an der Lahn.

Vorgelegt von

Wilhelm Girardet

Gerichtsreferendar aus Essen.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

Angenommen
von der Juristischen Fakultät
der Universität Marburg im Juli 1927.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Übersicht.

§ 1 Der Vertrag 9
a) Der Antrag 9
b) Die Annahme als empfangsbedürftige Willenserklärung ... 10

§ 2 Die Erklärungsmittel 13
a) Ausdrückliche Willenserklärung 15
b) Stillschweigende Willenserklärung 16
c) Das bloße Schweigen 17
Für alle Erklärungen maßgebend das ganze Verhalten.

§ 3 Ist das Schweigen adressierbar? 18

§ 4 Willenserklärung und Willensbetätigung, § 151 BGB. 21

§ 5 Historischer Teil 23
a) Das ältere deutsche und römische Recht 23
b) Mittelalter 24
c) Die neueren Gesetzgebungen und die Gerichtspraxis des OAG., Dresden 26

§ 6 Die verschiedenen Tatbestände des Schweigens im BGB. (§§ 108, 177, 415 f. usw.) und HGB. 30

§ 7 Die Bedeutung des Schweigens nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte 35
a) Die Bedeutung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche 36
b) Die Bedeutung der Geschäftsverbindung 36
c) Fälle 37

§ 8 Die Bedeutung des Schweigens im Tarifrecht 45

Literatur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher:

E. J. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts II. Bd. 1889.
Lehrbuch der Pandekten Brinz-Lotmar IV. Bd., 2. Lieferung 1895.
Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 1923.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd., Teil 1 1921.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 1923.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I. Bd. 1900.
Dernburg, Das bürgerliche Recht I. Bd. 1906.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 1903.
Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts II. Bd. 1882.
Enneccerus, Kipp u. Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1923.
Krasnopolski, Lehrbuch des österreichischen Privatrechts III. Bd., Obligationenrecht 1910.
Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 1922.
Leonhard, Frz., Lehrbuch 1923.
Regelsberger, Pandekten I. Bd. 1893.
Rehme, Geschichte des Handelsrechts, I. Bd. des Handbuches des gesamten Handelsrechts 1913.
Thöl, Das Handelsrecht I. Bd. 1879.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts II. Bd., I. Hälfte 1914.

II. Kommentare:

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch II. Bd. 1910.
Fischer- und Henle-Kommentar.
Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch 1923.
Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I.
Oertmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 1908.
Koch, Kommentar zum ALR. Berlin 1886.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, 3. Auflage 1903.
Kommentar der RG.-Räte I. Bd. 1922.
Staub, Handelsgesetzbuch Bd. II, 1; 2, 2, 12. Auflage 1921.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Allgemeiner Teil 1925.
Warneyer, Kommentar I. Bd., 1.—2. Lieferung 1919.

III. Einzelabhandlungen:

Aßmann, Die unbestellten Zusendungen 1901.
Beer, Deutsche Juristen-Zeitung 1901 Nr. 19.
Cochlovius, Blätter für Rechtspflege 1917 Nr. 6.
Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 3. Auflage 1911.
Eck, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Heft 1 1896.
Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung 1893.
Freund, Die stillschweigende Vertragsannahme, Dissertation, Breslau 1899.
Fritze, Die stillschweigende Willenserklärung im BGB., Archiv für bürgerliches Recht 14. Bd.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts 1899.
Jacobson, Das Schweigen im Handelsverkehr, Bankarchiv 1904 Nr. 12.
Josef, Die Zusendung unbestellter Waren zur Ansicht, Deutsche Juristen-Zeitung 1901 Nr. 16—17.
Kaskel, Das neue Arbeitsrecht, 4. Auflage 1922.
Kohler, Über den Vertrag unter Abwesenden, Archiv für bürgerliches Recht Bd. I 1889 S. 283.
Lange, Die rechtliche Natur der unbestellten Zusendungen 1907.
Leonhard Frz., Die Wahl bei der Wahlschuld, Jherings Jahrbücher 41. Bd. 1900.
Leonhard Rud., Der Vertragsschluß nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch, Jahrbuch der Internationalen Vereinigung 1897 I. Abteilung.
Leonhard Rud., Der Irrtum I. Teil 1907.
Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht 1924.
Schäffer, Stillschweigende Willenserklärung, Dissertation, Heidelberg 1907.
Schloßmann, Der Vertrag.
Szamotulski, Der Vertragsschluß, Dissertation, Freiburg 1903.
Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages 1904.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches I. Teil 1889.

IV. Zeitschriften:

Deutsche Juristen-Zeitung.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
Bank-Archiv.
Das Recht.
Juristische Wochenschrift.
Seufferts Archiv.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozesse.

Die Deutsche Arbeitgeber-Karthotek.
Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen.

V. Entscheidungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Annalen des Ober-Appellations-Gerichts Dresden.

Das BGB. hat eine Begriffsbestimmung des Vertrages nicht gegeben. Aber im Einklang mit der herrschenden Lehre kann man sagen: Der Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, beruhend auf der gegenseitigen erklärten Willenseinigung verschiedener Personen. § 1

Der Vertrag besteht aus (meist) zwei wechselseitigen Willenserklärungen: dem Antrag und der sich darauf beziehenden nachfolgenden Annahme. Dies der Regelfall. Es ist noch eine andere Möglichkeit denkbar, nämlich, daß zwei gleich gerichtete Anträge sich kreuzen. Als Beispiel sei hier angeführt: A. und B. haben Vorverhandlungen geführt über den Kauf bzw. Verkauf eines dem A. gehörigen Pferdes. Darauf bietet A. dem B. brieflich das Pferd für 900 Mk. an und gleichzeitig bietet B. dem A. für das Pferd 900 Mk.[1]. Cosack[2] behauptet nun, daß in solchen Fällen der „Vertrag erst zustande käme, wenn eine der Parteien den Antrag der andern annähme, da die beiden Anträge nur äußerlich nebeneinander ständen und nicht ineinandergriffen". Diese Ansicht ist als reichlich formalistisch abzulehnen, da, wie Enneccerus a. a. O.) überzeugend ausführt, es in der Regel den Parteien nur auf (en Vertragswillen des Kontrahenten ankommt und nicht darauf, daß dieser gerade mit Rücksicht auf die Offerte den Vertragswillen erklärt[3]. In der Mehrzahl der Fälle wird man also einen Vertrag schon als zustandegekommen ansehen können, wenn zwei gleich gerichtete Anträge sich kreuzen.

Aber die Häufigkeit dieser Art von Verträgen steht in keinem Verhältnis zu denjenigen, bei denen die Annahme im Hinblick auf den Antrag erfolgt.

Betrachten wir zunächst den Antrag. Er ist eine empfangs- a)
bedürftige Willenserklärung. Die Empfangsbedürftigkeit ergibt sich schon daraus, daß der Antragsempfänger ohne Kenntnis von dem Antrag eine Annahmeerklärung schlechterdings nicht abgeben kann und daß damit das Zustandekommen eines Vertrages undenkbar ist[4]. Ein weiteres Erfordernis des Antrages ist seine Bestimmtheit, d. h. der Antrag muß so bestimmt sein, daß die Antwort des Kontrahenten genügt, um den Vertrag zum Abschluß zu bringen, also muß z. B.

1 Beispiel Enneccerus I 1 § 152, Anmerkung 5.
2 Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 1 § 83 II 2.
3 Ebenso Zitelmann „Das Rechtsgeschäft im Entwurf eines BGB." I. Teil Seite 121 und Seite 28, und Staudinger Komm., Vertrag, Einleitung 1. Anderer Ansicht v. Thur, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd. II. 1. Hälfte § 62 Seite 459 f. und auch Kohler, Archiv für bürgerliches Recht I. Bd. 1889, Seite 298.
4 Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 120; Aßmann, „Die unbestellte Zusendung" S. 31; Szamotulski a. a. O. S. 1 und v. Tuhr a. a. O. § 62 IV.

bei einer Verkaufsofferte der angebotene Gegenstand eindeutig bestimmbar sein. Dies ist allerdings z. B. auch bei dem Zeitungsinserat schon der Fall. Trotzdem wird es nicht als Offerte gewertet, weil es nur den Zweck verfolgt, die Leser zur Abgabe von Angeboten aufzufordern. Die Frage des Erfordernisses der Bestimmtheit des Kontrahenten ist dahin zu beantworten, daß *im allgemeinen* von einer Offerte nur dann gesprochen werden kann, wenn die Erklärung an eine Person oder an einen bestimmten Personenkreis gerichtet ist, da man meist annehmen muß, daß der Offerent sich nicht einer ihm unbekannten Anzahl von Personen gegenüber binden will[1].

b) Wenn wir nun zu dem eigentlichen Gebiet der Arbeit, der Vertragsannahme, kommen, so ist hier zunächst festzustellen, daß auch sie regelmäßig empfangsbedürftig ist. Diese Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärungen wird im BGB. nicht ausdrücklich konstatiert, aber sie ist zu entnehmen aus den §§ 130, 123 II, 146, 147 II, 151, und zwar bei den §§ 130 und 123 II aus den Worten „Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist", bei § 146 aus der Wendung „nicht diesem (dem Antragenden) gegenüber, rechtzeitig angenommen", bei § 147 II aus dem „Eingang der Antwort" und bei § 151 ist man durch den ganzen Sinn und auch durch den Wortlaut zu der Annahme berechtigt, daß es sich hier um eine Ausnahme handelt. Und wenn diese Ausnahme in § 151 darin besteht, daß unter Umständen ein Vertrag auch zustandekommen kann, „ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht", so kann man daraus den Umkehrschluß ableiten, daß regelmäßig die Annahme empfangsbedürftig ist.

Was bedeutet nun aber: eine Willenserklärung ist empfangsbedürftig? Dadurch wird der Zeitpunkt der Vollendung der Willenserklärung festgelegt, und zwar in der Art, daß eine Willenserklärung in dem Augenblick als vollendet gilt, in dem sie dem Kontrahenten „zugeht". Daß dies nicht für Erklärungen an einen *Anwesenden* gilt, werden wir weiter unten sehen. Über die Frage der Vollendung der Willenserklärung unter *Abwesenden* gab es im römischen und gemeinen Recht 4 Theorien: Äußerungs-, Absendungs-, Empfangs- und Vernehmungstheorie. Diese Namen deuten schon Zweck und Ziel der verschiedenen Theorien an, so daß sich eine nähere Erläuterung erübrigt. Die Empfangstheorie war im gemeinen Recht die herrschende. Sie wurde auch vom BGB. übernommen und in § 130 niedergelegt. Es heißt also dort, daß eine Willenserklärung unter Abwesenden in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem sie dem Gegner „zugeht". „Zu-

1 S. v. Tuhr Bd. 2, 1; § 62 II.

gegangen" ist aber eine Erklärung, wenn dem Empfänger das Kenntnisnehmen unter gewöhnlichen Verhältnissen ermöglicht ist und von ihm nach der Regel des Lebens erwartet werden kann[1]. Es ist nicht richtig, wenn behauptet wird, die Erklärungsurkunde müsse in den Besitz des Anerklärten gelangt sein[2]. Denn das wird keineswegs in § 130 verlangt. Der Sinn des Gesetzes ist der, daß der Erklärende seinerseits alles getan haben soll, damit der Erklärungsgegner von der Erklärung Kenntnis nehmen kann. Das kann er aber auch, wenn der die Willenserklärung enthaltende Brief beispielsweise in das Postfach des Kontrahenten gelangt, das zweifellos nicht seinem Besitz zuzurechnen ist. In diesem Fall würde also die Erklärung schon zugegangen sein, bevor die Erklärungsurkunde in den Besitz des Adressaten gelangt wäre. Aber der Fall ist auch ebenso umgekehrt möglich, nämlich, daß der Adressat bereits die Urkunde im Besitz hat und trotzdem die Erklärung doch noch nicht zugegangen ist. Siehe das Beispiel bei Fr. Leonhard[3]: Dem Adressaten wird eine Kiste mit Waren übergeben, auf deren Grund ein Brief liegt. Der Empfänger hat damit den Besitz an dem Brief erworben (tatsächliche Gewalt), trotzdem ist die in dem Brief enthaltene Erklärung noch nicht zugegangen, da eine alsbaldige Kenntnisnahme unter den gegebenen Umständen nicht zu erwarten ist[4]. Man wird aber zugeben müssen, daß in den meisten Fällen das Zugehen der Erklärung und der Besitzerwerb an der Erklärungsurkunde zusammenfallen, da diese meist in den Briefkasten oder an Familienmitglieder oder Dienstboten des Kontrahenten gelangen und damit eo ipso in seinen Besitz. Diese Behauptung ist natürlich nur möglich, wenn man sich, wie wir, auf den Standpunkt derjenigen Theorie stellt, die das Erfordernis des Besitzwillens für die Erlangung des Besitzes leugnet.

Da, wie wir oben sahen, der Sinn des § 130 dahingeht, daß die Erklärung vollendet ist, wenn der Erklärende alles bewirkt hat, was er seinerseits zu bewirken hatte, um dem Erklärungsgegner den Inhalt der Erklärung kundzutun, so ergibt sich daraus, daß es auf die Erklärung ohne Einfluß ist, wenn der Erklärungsgegner aus Gründen, die in seiner Person liegen (Krankheit, Reise), nicht imstande ist, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen.

---

1 Heinrich Lehmann, Allg. T. d. BGB., § 32 II 2; ebenso Fr. Leonhard a. a. O. S. 28; Staudinger § 130, 3, und Enneccerus a. a. O. Bd. I 1, § 149 A II 1.

2 So Kommentar von Fischer u. Henle, Anm. 3 zu § 130 und Szamotulski a. a. O. S. 3. Wie hier, Planck Kommentar zu § 130 1 b und Enneccerus I § 149 A II 2 b und § 149 A 1 a.

3 „Die Wahl bei der Wahlschuld" S. 37 und Lehrbuch S. 28.

4 S. auch Enneccerus Bd. I 1, § 149 A II 2 a.

Das BGB. äußert sich nicht zu der Frage, wann eine Erklärung unter Anwesenden als vollendet zu gelten hat. Es könnte deshalb wohl als erlaubt erscheinen, § 130 BGB. analog anzuwenden. Wir kämen damit zu dem Ergebnis, daß das Zugehen genügen würde. Das erscheint aber für das tägliche Leben durchaus unbefriedigend und ungerecht. Man wird deshalb verlangen müssen, daß die Erklärung unter Anwesenden zur Kenntnis genommen, vernommen ist, um vollendet zu sein[1]. Andernfalls würde der Erklärungsgegner bei Erklärungen unter Abwesenden wesentlich besser gestellt sein. Man vergegenwärtige sich: Erklärungen unter Abwesenden werden in den weitaus meisten Fällen durch Briefe oder Telegramme erfolgen, also durch verkörperte Erklärungen. Der Adressat hat damit die Möglichkeit, jederzeit, auch nachträglich noch, wann es ihm beliebt, die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen. Ganz anders bei der mündlichen Erklärung. Sie hat keine feste Form, ist nicht dauernd vorhanden, eine auch noch nachträgliche Kenntnisnahme ist deshalb nicht möglich[2]. Man wird also, um den unter Anwesenden Anerklärten nicht zu benachteiligen, verlangen müssen, daß der anwesende Adressat die Erklärung tatsächlich vernommen hat[3]. Planck[4] weist auch noch darauf hin, daß sich der „Erklärende in einer wesentlich anderen Lage befindet als gegenüber einem Abwesenden, da er sich ohne Schwierigkeiten davon überzeugen kann, ob der Gegner die Erklärung vernimmt oder nicht", durch Augenschein oder durch eine kurze Frage. Das dürfte von dem Erklärenden nicht zuviel verlangt sein und auch durchaus der Verkehrsauffassung entsprechen[5]. Die Durchführung dieser Ansicht wird auch keine Schwierigkeiten machen, da praktisch normalerweise Zugang und Kenntnisnahme der mündlichen Erklärung zusammenfallen. Enneccerus[6] kommt zu demselben Ergebnis wie hier, allerdings auf einem etwas anderen Wege. Nach ihm ist nämlich die Vollendung einer Erklärung an einen Anwesenden, nach Analogie des § 130, anzunehmen, „wenn die Erklärung in den Machtbereich des Gegners gelangt ist". „Dies sei bei einer mündlichen Erklärung aber erst dann der Fall, wenn sie verstanden sei, nicht wenn das Wort nur unverstanden ans Ohr klinge."

---

1 S. Fr. Leonhard, „Die Wahl bei der Wahlschuld", Jherings Jahrbuch. Bd. 41. S. 33.

2 Vgl. v. Tuhr, Allgem. Teil d. bürgerl. R. II. Bd. 1. Hälfte § 61 S. 439 und S. 413.

3 So auch Oertmann „Recht" 06, 724 f. und Kommentar I zu § 130 Bemerkung 4; v. Tuhr a. a. O. § 61, S. 439 widerspricht, da er darin eine Unbilligkeit gegenüber dem Erklärenden sieht; wie v. Tuhr auch Staudinger § 130, 1. und 4.

4 Zu § 130, 2 b.

5 Vor allem hiergegen v. Tuhr a. a. O. § 61, S. 439.

6 Band I § 149 B 1.

Man könnte darüber im Zweifel sein, ob Verhandlungen, die von den Parteien durch Fernsprecher geführt werden, als Verhandlungen unter Anwesenden oder unter Abwesenden zu gelten haben, wenn nicht das BGB. sich selbst dazu geäußert hätte. In § 147 I wird nämlich bestimmt, daß der mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte Antrag ebenso wie der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden kann. Es erfolgt hier also eine Gleichstellung dieser beiden Antragsarten, und das leuchtet durchaus ein, wenn man bedenkt, daß es ja weniger auf die körperliche Anwesenheit ankommt als auf die Verständigungsmöglichkeit zwischen den Parteien. Und die ist ja normalerweise am Fernsprecher genau so gegeben wie bei Verhandlungen unter körperlich Anwesenden. Das Maßgebende ist eben, daß der Erklärende sich am Fernsprecher genau so ohne Schwierigkeiten davon überzeugen kann, ob der Gegner die Erklärung vernimmt oder nicht, wie wenn er ihm gegenüberstände[1].

Wir werden also a u c h für die Erklärung mittels Fernsprechers verlangen müssen, daß sie zur Kenntnis genommen, d. h. vernommen ist, um als vollendet zu gelten.

§ 2

Wir kommen jetzt zu den „Erklärungsmitteln". Es fragt sich, wie muß eine Willenserklärung aussehen, um rechtliche Wirksamkeit zu haben. Die beste, umfassendste Definition gibt wohl Staudinger[2]: „Willenserklärungen sind solche zur Wahrnehmung durch andere bestimmte Betätigungen menschlichen Wollens, welche nach der Lebenserfahrung einen Schluß darauf zulassen, daß durch sie eine Gestaltung, Veränderung oder Aufhebung privater Rechtsverhältnisse herbeigeführt werden will." Damit ist alles Wesentliche gesagt, vor allem ist damit auch gleich ein Hauptpunkt betont, nämlich, daß der Wille stets der Äußerung bedarf, um in Rechtsgeschäften wirksam zu sein. Solange der Willensentschluß nichts weiter als ein innerer Vorgang im Menschen ist, kann er von der Rechtsordnung keine Berücksichtigung verlangen. Er muß erkennbar in Erscheinung treten. Aber in welcher Form muß dies nun vor sich gehen? Hierüber gibt es keine Rechtsregel, an die man sich halten könnte. Das BGB. hat lediglich für eine Reihe von Rechtsgeschäften sog. „förmliche" Erklärungen verlangt, und zwar naturgemäß für solche Rechtsgeschäfte, die für die Parteien besonders wichtig sind, meist besonders tief in ihre Vermögensverhältnisse einschneiden, also etwa für Veräußerungen oder Belastungen von Grundstücken. Im übrigen hat das BGB. aber das Prinzip der Formfreiheit durchgeführt. Bei den sog. „formlosen"

1 Vgl. Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. I 1889 S. 301.
2 Kommentar „Willenserklärung" vor § 116.

Rechtsgeschäften wird meist unterschieden zwischen „ausdrücklichen" und „stillschweigenden" Willenserklärungen. Der erste Entwurf zum BGB. bestimmte in § 72, daß die Willenserklärung sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen könne. Dieser Paragraph ist nicht in das BGB. aufgenommen worden, weil von der Kritik mit Recht betont wurde, daß das eine Selbstverständlichkeit sei, die sich schon aus dem Wesen der Willenserklärung ergäbe. Trotzdem hat sich aber die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen halten können, aber doch nur in dem Sinne, daß man unter „ausdrücklichen" Willenserklärungen die versteht, bei denen als Erklärungsmittel Äußerungsformen gebraucht werden, die nach dem Sprachgesetz und der Verkehrssitte ausschließlich für diesen Zweck bestimmt sind, im Gegensatz zu den „stillschweigenden" Willenserklärungen, die zwar zunächst einen „anderen Zweck verfolgen, als den der Willensäußerung in der fraglichen Richtung", aber doch zu einem sicheren Schluß auf das Vorhandensein des Willens nötigen. Eine Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen erscheint daher nur da angebracht, wo es sich darum handelt, die Verschiedenheit der Erklärungs„mittel" darzulegen. Es muß ausdrücklich betont werden, daß die mannigfachen Erklärungsarten in ihrer rechtlichen Qualifikation absolut gleich zu bewerten sind und keine der anderen irgendwie nachsteht[1].

Es muß hier eine kleine Einschränkung gemacht werden. In einigen ganz wenigen Fällen genügt nämlich dem Gesetz die stillschweigende Willenserklärung nicht. Es wird da vielmehr die ausdrückliche Erklärung verlangt. Dies ist z. B. der Fall bei der Prokuraerteilung (HGB. § 48 I): Die Vollmacht muß ausdrücklich als Prokura bezeichnet werden[2].

Einen weiteren Fall finden wir im BGB. bei der „Verwahrung", und zwar bei der „unregelmäßigen Verwahrung" (§ 700): Wird nämlich bei der Hinterlegung von Wertpapieren vereinbart, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Wertpapiere von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so ist diese Vereinbarung nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird. Der Grundgedanke bei den beiden Paragraphen ist derselbe. Es soll im ersteren Falle dem Prokura erteilenden Kaufmann, im zweiten Fall dem Hinterleger ein gewisser Schutz gewährt werden vor falscher Auslegung, weil es sich in beiden Fällen um Geschäfte von besonderer Wichtigkeit handelt: der Prokurist bekommt durch die Prokura-

1 Ebenso schon „Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten" I. Teil, Titel IV, § 59.

2 Vgl. Cosack, Lehrbuch d. Handelsr. § 28 I.

erteilung außergewöhnlich große Vollmachten, der Hinterleger (beim depositum irregulare) nimmt ein großes Risiko auf sich[1]. Fälle dieser Art sind aber so große Ausnahmen, daß sie an dem oben aufgestellten Grundsatz, daß ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen rechtlich gleichwertig sind, nichts zu ändern vermögen.

Welches sind nun die verschiedenen Willensäußerungsformen? Wir sagten schon, daß in dem Verhalten des Wollenden sein Geschäftswille so deutlich zum Ausdruck kommen muß, daß er jedem, den es angeht, nach der Verkehrsübung verständlich sein muß[2]. Wir sehen hieraus schon, daß es ungezählte Möglichkeiten der Willensäußerung gibt. Alle aber haben das eine gemeinsam, daß sie der Verkehrsübung entsprechen müssen, um in einer bestimmten Weise oder Richtung ausgelegt zu werden. Eine Ausnahme hiervon bilden aber die Fälle, wo die Parteien darüber einig sind, daß eine Erklärung n i c h t nach der allgemeinen Verkehrsauffassung ausgelegt werden soll[3].

Es sei hier das Schulbeispiel angeführt, daß A., der seinen Weinkeller stets seine Bibliothek nennt, diesen seinem Freunde B., der von der Gewohnheit des A. Kenntnis hat, zum Kauf anbietet: Ich biete Dir meine Bibliothek zum Kauf an. Wenn B. diese Offerte annimmt, dann ist nicht etwa die Bibliothek verkauft, sondern, entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch, der Weinbestand des A.[4].

Ein anderes Beispiel ist das Chiffre-Telegramm: Wenn zwei Personen einen Telegrammcode vereinbaren, bei dem Worte und Silben einen ganz andern Sinn haben als beim allgemeinen Sprachgebrauch, so geht der vereinbarte Sinn stets vor. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß Willenserklärungen zunächst nach den (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vereinbarungen und den besonderen Verhältnissen der Parteien und erst in Ermangelung solcher nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung auszulegen sind. Immerhin wird man aber doch erstere als Ausnahmen ansehen müssen. Wir können deshalb von einer weiteren Berücksichtigung in den folgenden Ausführungen absehen.

a) Wenn wir nun die ausdrücklichen Willenserklärungen voranstellen, so nur deshalb, weil bei ihnen die Deutung und Auslegung sich meist von selbst ergibt, da sie in jeden Zweifel ausschließende Formen gekleidet sind. Ausdrückliche Willenserklärung ist die Sprache, und zwar in jeder Form, in Wort, Schrift und Zeichen, und zwar deshalb

1 Vgl. Enneccerus Bd. I, 2 § 391, 4 und Fr. Leonhard, Lehrbuch S. 86; s. a. v. Tuhr a. a. O. § 61, S. 416 f.

2 Staudinger I, Vorbemerk. zu §§ 116 ff. „Willenserklärung" II C 1.

3 Vgl. Danz a. a. O. Vorwort, S. IV.

4 S. Enneccerus Bd. I, 1 § 193 und Danz a. a. O. § 10 S. 87.

ausdrücklich, weil die Sprachgesetze Gemeingut sind, weil jeder unter einem bestimmten Wort dasselbe versteht wie sein Partner und ebenso gewisse Zeichen nach der Verkehrsübung nur eine bestimmte Auslegungsmöglichkeit haben, so kann z. B. Kopfnicken nur Bejahung bzw. Annahme bedeuten. Bei den ausdrücklichen Willenserklärungen ergibt sich der Sinn u n m i t t e l b a r aus dem gewählten Ausdrucksmittel, der „Gedanke wird in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert"[1], oder durch nach der Verkehrssitte den Worten gleichstehende Zeichen.

b) Anders bei den stillschweigenden Willenserklärungen, die auch indirekte oder m i t t e l b a r e genannt werden[2]. Jedoch wird der Ausdruck „mittelbar" auch in anderm Sinne gebraucht, nämlich dann, wenn man sich eines Dritten bedient als Mittelsperson, die Parteien also nicht unmittelbar, sondern durch Boten, Telegraphenanstalten u. dgl. miteinander verhandeln. Diese Bedeutung kommt hier aber nicht in Frage. Wie das Wort m i t t e l b a r schon sagt, wird bei den mittelbaren Willenserklärungen nicht wie bei den ausdrücklichen ein eigens dazu bestimmtes Erklärungsmittel gebraucht, sondern, um den Willen zu deuten, muß aus irgendwelchen Handlungen[3], die in erster Linie andere Zwecke verfolgen, auf das Vorhandensein des Willens geschlossen werden, zur Klarstellung des Gewollten bedarf es also noch einer Schlußfolgerung. Daraus ergibt sich schon die unendliche Fülle der stillschweigenden Willenserklärungen. Denn soviel verschiedenartige Handlungen im menschlichen Leben vorkommen, aus ebensoviel Handlungen können unter Umständen Willenserklärungen gedeutet werden. Aber auch hier ist der Schluß auf den Willen, genau wie bei der ausdrücklichen Willenserklärung, nur dann zulässig, wenn das Verhalten nach der Verkehrsanschauung zu dieser Deutung zwingt. Es sei hier das Schulbeispiel angeführt, daß der Gläubiger Zinsen für die Zukunft annimmt. Er erklärt dadurch mittelbar dem Schuldner, daß er das Kapital während der betreffenden Zeit nicht zurückfordern werde[4], und zwar ist diese Deutung eben deshalb zulässig, weil nach der allgemeinen Verkehrsanschauung die Annahme der Zinsen für die Zukunft zu diesem Schluß nötigt. Ein anderes Beispiel von Zitelmann[5]: Der Student, der in der Universitätsstadt ankommt, begibt sich auf die Wohnungssuche und verabredet schließlich mit einem

1 R. Leonhard, „Irrtum bei nichtigen Verträgen".
2 S. Enneccerus § 144 II.
3 Das Wort „Handlungen" ist hier und im folgenden im weiteren Sinne aufgefaßt, also Tätigkeiten + Unterlassungen.
4 Enneccerus I 1 § 144 II b; Staudinger I, Vorbemerk. zur „Willenserklärung" II C 3; v. Tuhr a. a. O. § 61, S. 418.
5 „Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB." S. 134.

Vermieter, er werde sich bis zum Abend entscheiden. Nachher schickt er durch einen Dienstmann sein Gepäck in die Wohnung, ohne weitere Mitteilung. Darin liegt eine stillschweigende Willenserklärung der Annahme der vom Vermieter gemachten Offerte. Die Willensäußerung in dieser Form und unter den gegebenen Umständen zwingt eben nach der Verkehrsanschauung zu diesem Schluß. Die Zahl der Beispiele ließe sich natürlich beliebig vermehren, aber in diesem Zusammenhange genügt es, als Prinzip festzuhalten, daß bei der stillschweigenden Willenserklärung d a s als erklärt gilt, was nach der allgemeinen Verkehrsauffassung aus den Umständen des Falles zu entnehmen ist, was die Umstände als gewollt ergeben. Es kommt also nicht darauf an, was der Erklärende mit seiner Handlung bezweckt, sondern wie der Erklärungsempfänger den aus der Handlung erhellenden Willen nach der Verkehrssitte auffassen darf.

c) Wenn wir nun zu dem Problem „Schweigen als Willenserklärung" kommen, so wirft sich zunächst die Frage auf, wie es überhaupt möglich ist, daß das bloße Schweigen in manchen Fällen als Willenserklärung ausgelegt werden kann. Denn wenn man seinen „Willen erklärt" und diesen Ausdruck ganz wörtlich nimmt, so bedeutet das eine Tätigkeit, ein Aktivwerden, während das Schweigen doch gerade das genaue Gegenteil, nämlich eine absolute Passivität darstellt. So könnte es einem zunächst erscheinen. Und tatsächlich hat auch das Stillschweigen wie jedes Nichthandeln, für sich betrachtet, keine rechtliche Bedeutung[1]. Erst dann wird das Schweigen zur Willenserklärung, wenn es sich darstellt als ein willentliches V e r h a l t e n, durch das ein bestimmter, rechtsgeschäftlicher Wille dem Gegner gegenüber zum Ausdruck gebracht werden soll. Dann aber hat es genau dieselbe rechtliche Wertung wie jede Willenserklärung in irgendeiner andern Form. Denn sämtliche Merkmale der Willenserklärung sind vorhanden, wenn man beispielsweise die Definition von Danz[2] heranzieht, nach der die Willenserklärung „das V e r h a l t e n einer Person ist, welches nach der E r f a h r u n g des Verkehrs unter Würdigung a l l e r U m s t ä n d e r e g e l m ä ß i g den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet". Es kommt lediglich darauf an, den Gegner in irgendeiner Form seinen Willen „klarzumachen". Es muß in ihm eine Vorstellung von dem Willen seines Kontrahenten wachgerufen werden, das „id quod actum est" muß den Schluß auf den Willen erzwingen. Warum sollte also nicht etwa das Verhalten in einem Schweigen bestehen können! Und

1 Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts I § 64, 2 b.
2 „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte" § 2, S. 14; dem Sinne nach ebenso: Wedemeyer, „Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages usw." S. 61 und Hölder, Kommentar zum BGB. Bd. I, S. 238.

so beweist denn auch die Erfahrung und eine Fülle von Entscheidungen, daß tatsächlich unter Umständen das Schweigen als Willenserklärung ausgelegt werden kann.

Was ist nun maßgebend für die Beurteilung, wann ein bestimmtes Verhalten eine bestimmte Willenserklärung darstellt? Da kann die Antwort nur lauten: Der Verkehr und die für ihn maßgebliche bona fides. Dies geht schon hervor aus der oben gegebenen Definition der Willenserklärung. Denn den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs muß man Rechnung tragen. Ist es doch eine der Hauptaufgaben des Rechts, dem Verkehr die Wege zu bahnen und zu ebnen, ihn zu sichern. Also muß sich das Recht auch nach ihm richten, ihn als Maßstab anerkennen. Jhering hat schon in seinem „Geist des Römischen Rechts" ausgesprochen: „Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postulieren, hat zu geschehen, möge es logisch notwendig oder unmöglich sein[1]." M. E. kann man recht wohl einen Vergleich mit den Unterlassungsdelikten des StrGB. heranziehen. Denn da werden nicht nur gewisse Tätigkeiten, also ein T ä t i g w e r d e n in einer bestimmten Richtung, unter Strafe gestellt, sondern evtl. auch P a s s i v i t ä t, die zum Schaden einer Person wird, also auch hier ein bestimmtes Verhalten. Und ist bei diesen Unterlassungsdelikten der Vorsatz erfordert, so entspricht dies durchaus dem Erklärungswillen, der nötig ist, um das Schweigen erst zur Willenserklärung zu machen. Ebenso kann man wohl auch die zum Schadensersatz verpflichtenden Unterlassungen der §§ 823 ff. BGB. zum Vergleich heranziehen[2].

§ 3 Haben wir also damit festgestellt, daß nichts im Wege steht, unter Umständen das Schweigen als Willenserklärung zu deuten, so müssen wir uns weiter fragen, ob dabei auch der Empfangsbedürftigkeit Genüge getan wird. Denn wir hatten ja schon oben gesehen, daß das Recht für die Vollendung oder Wirksamkeit der Willenserklärung regelmäßig ihr „Zugehen" verlangt. Wir hatten gesagt, daß eine Erklärung als „zugegangen" zu gelten hat, wenn dem Gegner das Kenntnisnehmen unter gewöhnlichen Verhältnissen ermöglicht ist und von ihm nach der Regel des Lebens erwartet werden kann. Kann man denn aber überhaupt ein bloßes Schweigen adressieren, kann man dem Schweigen eine bestimmte Richtung geben? Schon Regelsberger[3] hat diese Frage erwogen und bejaht. Er fand in Schloßmann[4] einen Gegner, nach

1 Jhering, Geist, Bd. 3 (1877) S. 311.
2 S. Endemann, bürgerl. Recht, I § 64, Anm. 19.
3 Zivilrechtliche Erörterungen, S. 9 ff.
4 „Der Vertrag", S. 62 ff.

dessen Ansicht stillschweigenden Erklärungen und insbesondere solchen durch bloßes Schweigen eine bestimmte Richtung niemals gegeben sein könnte. Hierzu hat Isay[1] Stellung genommen, und zwar hat er Schloßmann zugegeben, „daß es wohl unmöglich erscheine, seine Ansicht zu widerlegen, wenn man von der Auffassung der Willenserklärung als H a n d l u n g (im engeren Sinne, also gleich Tätigkeit) ausgehe. Denn wenn man die Willenserklärung lediglich in einer Negative, dem Schweigen, sehe, so sei, ebensowenig wie aus einer derartigen Unterlassung an sich überhaupt ein Schluß zu ziehen sei, so wenig dieser Schluß auch von einem bestimmten andern, dem Adressaten, zu ziehen[2]". Nun steht aber Isay nicht auf dem Standpunkt der Auffassung der Willenserklärung als Handlung im engeren Sinne; vielmehr definiert er die Willenserklärung genau wie Danz (s. oben) als dasjenige V e r h a l t e n, welches nach der Erfahrung unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet[3], und dies setzt ihn in die Lage, die Schloßmannsche Ansicht zu widerlegen, indem er betont, daß eine Verschiedenheit der einzelnen Arten des Verhaltens nicht besteht, vielmehr jedes Verhalten, das überhaupt Willenserklärung ist, in gleicher Weise wahrnehmbar ist, so daß eben auch jedes Verhalten einem andern wahrnehmbar gemacht, ihm gegenüber vorgenommen werden kann. Isay kommt damit zu dem Schluß, daß jede Form der Willenserklärung, also auch das bloße Schweigen, als adressierte Erklärung abgegeben werden kann[4], und m. E. ist das eine durchaus logische Folgerung aus seiner Definition der Willenserklärung, die ja auch die unsrige ist, wie wir oben darlegten. Aber auch ohne gerade von der angenommenen Definition der Willenserklärung auszugehen, müßte man zu demselben Ergebnis kommen, wenn man bedenkt, daß Richtung und Zugehen der Willenserklärung doch vorhanden sind, wenn der Erklärende sein (in diesem Falle schweigendes) Verhalten einnimmt, um in dem Gegner eine Vorstellung von seinem Willen hervorzurufen und der andere von diesem Verhalten Kenntnis nimmt. Freund[5] meint hierzu sehr gut, „die Richtung des Schweigens werde häufig durch die Richtung gekennzeichnet, welche die Handlung haben müßte, die dem Schweigen seine Wirkung als Erklärung nehmen würde". Auch nach Zitelmann[6] gibt es ein „Anschweigen", wie es ein Anreden gibt, und ebenso findet Endemann[7]

1 „Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts", S. 62.
2 Ebenso Staudinger, Kommentar I, Vorbemerk. zu § 116 ff., „Willenserklärung", III 7.
3 a. a. O. S. 26; ebenso Staudinger, s. Anmerk. 3 auf S. 22.
4 Ebenso Staudinger, Bd. I, Vorbemerk. zu § 116 ff., „Willenserklärung", III 7.
5 „Die stillschweigende Vertragsannahme", S. 7 f.
6 „Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB.", S. 99.
7 Bürgerl. Recht, § 64, Anmerk. 19.

keinen Grund, die Möglichkeit eines Zugehens der stillschweigenden Erklärung, also auch der Erklärung durch bloßes Schweigen, zu leugnen. R. Leonhard[1] unterscheidet zwei Fälle: er stellt diejenigen Tatbestände, bei denen ein gesetzlicher Antwortzwang besteht (also z. B. § 516 II BGB.), im Gegensatz zu denjenigen ohne gesetzlichen Antwortzwang. Nur bei ersteren ist nach ihm das Schweigen eine Annahme, die gegenüber dem Antragenden geschieht, „da es ein Verhalten sei, das einen Zustimmungswillen dem Antragenden erkennbar macht". M. E. ist diese Einschränkung nicht zulässig. Wiewohl man natürlich zugeben muß, daß ein allgemeiner Antwortzwang nicht besteht, so gibt es anderseits aber doch viele Fälle, in denen zwar kein gesetzlicher Antwortzwang besteht, wo aber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Verpflichtung zur Antwort vorhanden ist und wo der Gegner, wenn dieser Verpflichtung nicht nachgekommen wird, das Recht hat, gewisse Schlüsse aus diesem Verhalten, also aus dem Schweigen, zu ziehen. Denn auch dies Schweigen ist doch ein Verhalten, das einen bestimmten Willen dem Antragenden erkennbar macht. Wir werden später ausführlich darauf zurückkommen. Nach Enneccerus[2] hielt auch die Mehrheit der zweiten Kommission stillschweigende, empfangsbedürftige Willenserklärungen für möglich, und dem stimmt er selbst vorbehaltlos zu. Es ist erforderlich, hier auf die Ausführungen von Planck[3] näher einzugehen, da er bei der Behandlung des vorliegenden Problems einen besonderen Standpunkt einnimmt. Planck behauptet nämlich, daß es kaum möglich sei, daß eine stillschweigende Willenserklärung überhaupt einem andern gegenüber abgegeben werden könne, da es „mit dem Wesen einer solchen, als einer Willensbetätigung, die nicht zu dem Zwecke erfolgt, den Willen zu erklären, kaum vereinbar sei". Da aber der Wille nicht erklärt werden soll, so kann also nach Planck auch nicht die Absicht vorliegen, eine solche Erklärung zur Kenntnis des andern zu bringen. Nun kommt aber die Einschränkung: Planck sieht nämlich selbst ein, daß man damit den praktischen Bedürfnissen des Lebens nicht genügt, und um diesem Mangel abzuhelfen, kommt er weiter zu dem Ergebnis, daß, obgleich „in manchen Fällen es an einer Handlung fehle, welche den Zweck hat, den fraglichen Willen dem andern zu erklären, trotzdem eine genügende, dem andern gegenüber abgegebene Erklärung des fraglichen Willens angenommen werden müsse. Man müsse also annehmen, daß das Gesetz in diesen Fällen die Willens-

1 Jahrbuch d. internation. Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft 1897, erste Abt., S. 70 f.
2 Bd. I, § 144 II c u. Anmerk. 7.
3 Vorbemerk. zur „Willenserklärung", I 2, 3. Aufl.

betätigung als gleichwertig mit der Willenserklärung im engeren Sinne ansieht." Die Planckschen Untersuchungen ergeben also: An sich können empfangsbedürftige Willenserklärungen überhaupt nicht stillschweigend abgegeben werden. Da dies aber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht werden würde, muß man es doch wohl zulassen. Es ist unmöglich, diesen widerspruchsvollen Ausführungen, die auch dem Geist und dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen, zuzustimmen. Denn das BGB. gibt, wie wir schon oben ausführten, gar keine Möglichkeit, einen rechtlichen Unterschied zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen zu machen. Infolgedessen hat auch § 130 gleichmäßig für beide Arten zu gelten[1]. Auch Fritze[2] lehnt die Plancksche Ansicht ab und meint sehr treffend, daß „doch kaum angenommen werden könne, daß das BGB. prinzipiell stillschweigende Willenserklärungen zugelassen habe, um sie dann dadurch, daß es ihnen ebenfalls prinzipiell die Fähigkeit versagte, einem andern gegenüber abgegeben zu werden, gewissermaßen hinterrücks wieder zur Tür hinauszuwerfen". Unser obiges Ergebnis, nämlich daß stillschweigende Willenserklärungen, also auch in der Form bloßen Schweigens, einem andern gegenüber abgegeben werden können, bleibt also bestehen.

§ 4

Aus der obigen Wiedergabe der Planckschen Ausführungen ist zu ersehen, daß Planck unterscheidet zwischen Willenserklärungen im engeren Sinne und Willensbetätigungen, und zwar sieht er auch die stillschweigenden Willenserklärungen als Willensbetätigungen an. M. E. kann dem nicht zugestimmt werden; vielmehr ist als Oberbegriff aufzustellen: die Willensäußerungen und als Unterbegriffe 1. die Willenserklärungen (ausdrückliche und stillschweigende) und 2. die Willensbetätigungen[3]. Die Willenserklärung erscheint genügend ausführlich behandelt. Es wäre deshalb nur noch der Unterschied zwischen dieser und der Willensbetätigung darzulegen. Dieser Unterschied ist in der Erklärungsabsicht des Handelnden zu suchen[4]. Ein weiteres Hauptkriterium der Willensbetätigung liegt nach v. Tuhr[5] in der Möglichkeit, den Schein einer Willensäußerung durch Darlegung der wirklichen Absicht zu beseitigen, im Gegensatz zu der Willenserklärung, deren Wirkung nur durch Anfechtung aufgehoben werden kann. „Während das Wesen der Willens e r k l ä r u n g darin besteht, daß der Erklärende bewußt ein Verhalten annimmt, welches, wie er weiß und wünscht, den

1 Wie hier auch Isay a. a. O., S. 36 f., und Schäffer a. a. O., S. 37 ff.
2 In Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XIV, S. 209 f.
3 Dieselbe Einteilg. bei v. Tuhr a. a. O., § 61 I, 2, S. 404.
4 S. auch v. Tuhr a. a. O. § 61, S. 404, „Mitteilungsabsicht".
5 a. a. O. § 61, S. 408.

andern zu einem Schluß auf den Willen des Erklärenden veranlaßt, soll durch die Willensbetätigung niemandem etwas klar gemacht werden[1]." Wir sehen dies am deutlichsten in § 151 BGB., wo das Gesetz die Willensbetätigung behandelt, ohne allerdings gerade diesen Ausdruck zu gebrauchen. Nach § 151 „kommt ein Vertrag durch die Annahme des Antrages zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat". In dem Ausnahmefall des § 151 wird also auf die Empfangsbedürftigkeit der Annahme verzichtet, der Vertrag kommt hier nicht durch eine Willenserklärung, sondern durch eine Willensbetätigung zustande[2]. Dem Handelnden wird bei Ausführung der Handlung, in welcher die Annahme des Antrages erblickt wird, meist die Absicht fehlen, dem Gegner seinen Annahmewillen klarzumachen[3].

Wir sagten, daß § 151 eine Ausnahme bilde, nämlich eine Ausnahme von der Regel der Empfangsbedürftigkeit der Vertragsannahme. Anders bezüglich der Häufigkeit im praktischen Leben. Hier werden die Fälle, in denen ein Vertrag nach § 151, also durch eine Willensbetätigung, zustande kommt, diejenigen, bei denen die Vertragsannahme eine stillschweigende Willenserklärung darstellt, bei weitem überwiegen[4]. Denn z. B. die meisten Kaufverträge unter Abwesenden kommen doch zustande durch die Ausführungshandlungen des Verkäufers, die unbedenklich als Willensbetätigungen anzusprechen sind, also nach § 151, da in den meisten Fällen die Verkehrssitte im Interesse der schnelleren Abwicklung des Verkehrs diese Auffassung gestattet[5]. Aber auch die Fälle der unbestellten Zusendung, die weiter unten noch in einem andern Zusammenhang zu behandeln sein werden, fallen in der Regel unter § 151. Denn, wenn ich z. B. die mir unbestellt zugesandten Zigarren

1 S., auch zu den folgenden Ausführungen, Freund a. a. O. S. 8 ff.; s. auch v. Tuhr a. a. O. § 61 I, 2, S. 404.

2 Vgl. v. Tuhr a. a. O. § 61, S. 455 f.

3 Z. B. wird der Kaufmann, bei dem ich brieflich Ware bestellt habe, beim Einpacken dieser Ware (dies ist die Willensbetätigung) sicher nicht die Absicht haben, damit (d. h. mit dem Einpacken) mir seinen Annahmewillen kundzutun. Die h.M. sieht in dem Einpacken der Ware noch nicht die Willensbetätigung, die zu dem Vertrag führt, sondern erst in der Absendung. S. v. Tuhr a. a. O. § 62 Anmerk. 138 und die dort angegebene Literatur; s. auch Staub HGB. Anhang zu § 361 Anmerk. 70. Nach Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 1, 1889, S. 320 f. ist „die Akzeptation vollendet, sobald die Ausführung das Stadium der Nichtredressierbarkeit erreicht hat", m. E. nicht richtig und dem Sinne des Gesetzes zuwider. Vielmehr muß die Akzeptation als vollendet gelten, wenn der Annahmewillen klar in Erscheinung tritt und über den Rahmen der Vorbereitungshandlungen hinausgeht. So auch Staudinger § 151, 3. Daher wird man in dem angezogenen Beispiel das Einpacken der Ware schon als die zu dem Vertrag führende Willensbetätigung ansprechen müssen. Immerhin ist die Grenze unter Umständen schwer zu ziehen. Anscheinend derselben Ansicht wie hier: Dernburg, Bürgerl. Recht, I, § 132 C.

4 S. Staudinger § 151, 1.

5 S. Staudinger § 151, 2.

aufrauche oder das mir ebenso zugesandte Buch aufschneide, so brauche ich dabei absolut nicht die Absicht zu haben, dem Absender durch diese Handlung meinen Annahmewillen kundzutun. Und trotzdem treten eben in diesen Fällen, wenn die Verkehrssitte oder der Gegner es gestattet, dieselben Wirkungen ein, wie wenn ich meinen Annahmewillen erklärt hätte. In jedem Falle müssen aber, auch bei den Willensbetätigungen, irgendwelche äußeren Anzeichen, Willensäußerungen, gegeben sein[1], aus denen rein objektiv auf das Vorhandensein des Annahmewillens geschlossen werden kann, d. h. der Vertrag kommt stets nur durch die Annahme des Antrages zustande, § 151 macht eben nur eine Ausnahme von der Regel der Empfangsbedürftigkeit der Annahme.

§ 5

Um die Ansichten der heutigen Wissenschaft und Praxis verstehen zu können, müssen wir auf die Geschichte des Problems Stillschweigen als Willenserklärung zurückgreifen.

a)

Im germanischen Recht waren die wichtigsten Entstehungsgründe von Schulden Missetat und Schuldvertrag[2], und zwar in der ältesten Zeit nur die Missetat. Es handelt sich also hier zunächst um Deliktsobligationen, eine Schuld entsteht nur aus einer Rechtsverletzung[3]. Als sich dann später der Schuldvertrag entwickelte, bedurfte er zu seiner Gültigkeit bestimmter Formen, z. B. wurde das Wadium hingegeben, eine Ersatzleistung zur Sicherung der versprochenen Leistung, oder es war erfordert „Das Geloben mit Hand und Mund, d. h. mit Darreichung der Hand und formelhafter Rede, oder das Geloben mit Fingern und Zungen". Später gab es dann auch noch den gerichtlich abgeschlossenen Vertrag, z. B. im Sachsenspiegel[4]. Aus all diesem geht klar hervor, daß das deutsche Recht keinen Raum bietet für Vertragsschlüsse durch stillschweigende Annahme.

Ebenso steht es aber bei dem älteren römischen Recht. Denn auch hier finden wir einen strengen Formzwang[5], man denke z. B. an die stipulatio. Wenn die Form eingehalten war, so galt rücksichtslos und nur das in dieser Form Geäußerte. Bei der ungeheuern Ausbreitung des Römischen Reiches und damit des römischen Rechts wurde es natürlich auf die Dauer unmöglich, diesen Zustand beizubehalten, die starre Form verlor für die meisten Rechtsverhältnisse ihre Bedeutung, das id quod actum est trat jetzt mehr in den Vordergrund. Tatsächlich

1 Vgl. Staudinger § 151, 1.
2 S. zu diesem Abschnitt Brunner-Heymann, „Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte", § 49.
3 Szamotulski a. a. O. § 2, S. 4.
4 S. Brunner-Heymann a. a. O.
5 S. zu diesem Abschnitt Schäffer a. a. O. S. 33 f.

gab es seit dieser Zeit stillschweigende Willenserklärungen. Aber die wenigen Quellenstellen vermögen eine Klarheit nicht zu geben, inwiefern bloßes Schweigen als Willenserklärung gedeutet und wie es gedeutet werden konnte[1]. Ehrlich[2] behauptet sogar, daß „den Quellen die Frage vollständig unbekannt sei, daß Stellen, die hier und da hierher bezogen würden, in Wahrheit auf ein ganz anderes Gebiet gehören. Auch der vielzitierte Satz aus dem corpus juris canonici, „qui tacet consentire videtur[3]" ist stark umstritten und hat noch keine einheitliche Auslegung erfahren, jedenfalls galt er nicht in unbeschränkter Ausdehnung[4]. Manche Vertreter der Wissenschaft wollen ihm den Zusatz geben: „ubi loqui potuit et debuit[5]", und das würde allerdings dann unserer heutigen Auffassung entsprechen, wie wir unten sehen werden. Regelsberger[6] nennt den Satz „qui tacet consentire videtur" eine unrichtige Verallgemeinerung eines richtigen Gedankens, und auch nach Fritze[7] sind die Aussprüche der Quellen zerstreut und ungenau.

Es würde weit über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen, wollte man sich bis in die Einzelheiten hinein mit den betreffenden Quellenstellen auseinandersetzen. Wir müssen uns deshalb damit begnügen, festzustellen, daß ebenso w e n i g wie im älteren römischen auch im kanonischen Recht nachweisbar ist, daß bloßes Schweigen als Willenserklärung gelten konnte, daß man also für die Entwicklung des Problems Schweigen als Willenserklärung nicht auf diese Quellen Bezug nehmen kann.

b) Wichtiger für die Entwicklung des genannten Problems in den späteren Rechtssatzungen wurde das alte italienische Handelsrecht. Bekanntlich bildete sich dies schon früh heraus, angeregt durch die die ganze damals bekannte Welt beherrschenden Handelsbeziehungen der oberitalienischen Städte. Es handelt sich hierbei zunächst um reines Gewohnheitsrecht, das erst später teilweise als Stadtrecht aufgezeichnet wurde[8], z. B. das Constitutum usus von Pisa von 1161. — Von Wichtigkeit ist für uns das Prinzip, daß ganz allgemein jeder Kaufmann verpflichtet war, kaufmännische Aufträge anzunehmen und auszuführen[9]. Es handelt sich hier also um nichts Geringeres als einen straff durchgeführten Kontrahierungszwang im Verkehr der Kaufleute unterein-

1 Schäffer a. a. O.
2 a. a. O. S. 174.
3 cap. 43 de R. I. in VIto.
4 S. Jacobson, „Das Schweigen im Handelsverkehr", Bankarchiv 1904 S. 197, und Crome, „System des deutschen bürgerlichen Rechts", I § 86 Anmerk. 14.
5 Z. B. v. Tuhr a. a. O. § 61 S. 421.
6 „Pandekten" I. Bd., § 138, S. 505.
7 a. a. O. S. 181.
8 Vgl. Rehme, „Geschichte d. Handelsrechts", I. Bd. von Ehrenberg, „Handbuch d. gesamt. Handelsr.", § 10, S. 83 f.
9 S. hierzu und zu den folgenden Ausführungen Ehrlich a. a. O. S. 175.

ander. Dieses sehr strenge Prinzip wurde später abgeschwächt und in die Form gebracht, daß der Kaufmann zwar allgemein auch weiterhin die Pflicht hatte, Aufträge eines andern Kaufmanns anzunehmen, aber doch das Recht hatte, dieselben abzulehnen, wenn er dafür einen triftigen Grund vorbringen konnte; „aber selbst dann durfte er von diesem Recht nur dann Gebrauch machen, wenn es ihm möglich war, den Auftraggeber noch rechtzeitig zu benachrichtigen". — Nun ist aber im Mittelalter das deutsche Recht von dem italienischen Handelsrecht, hauptsächlich auf dem Gebiete des kaufmännischen Obligationen- und Gesellschaftsrechts, stark befruchtet worden[1], was uns nicht weiter wundern kann bei den damals besonders regen deutsch-italienischen Handelsbeziehungen. Und so ist es leicht erklärlich, daß auch dieses etwas abgeschwächte Prinzip nach Deutschland kam[2]. Ehrlich sieht diese Antwortpflicht als Berufspflicht der Kaufleute an. Die Auffassung von einer solchen Berufspflicht der Kaufleute müssen wir uns aus der allgemeinen Geschichte und vor allem aus den sozialen Verhältnissen der damaligen Zeit zu erklären suchen. Die in Betracht kommenden Jahrhunderte waren erfüllt von einer unendlichen Reihe von hauptsächlich innerpolitischen und lokalpolitischen Kämpfen, die naturgemäß auch den Handelsverkehr auf das stärkste in Mitleidenschaft ziehen mußten. Es ergab sich daraus von selbst die Notwendigkeit eines engen Zusammenschlusses der Kaufleute, dessen markanteste Erscheinung wohl in ihrer ständischen Organisation zu finden ist, abgesehen von den lokalen Kaufmannsgilden[3]. Wir sehen hieraus schon, daß das Verhältnis von Kaufmann zu Kaufmann ein ganz anderes, nämlich ein viel engeres war, als etwa in unseren Zeiten[4]. Und dadurch wird auch für uns das oben gezeigte strenge Prinzip verständlich. Denn das stark entwickelte Zusammengehörigkeitsgefühl machte es dem Kaufmann zu einer Selbstverständlichkeit, dem Standesgenossen einen Dienst zu erweisen, wenn er dadurch von ihm einen Schaden abwenden konnte. Diese Antwortpflicht war eben ein solcher Dienst, zu dem der Kaufmann verpflichtet war, eben durch seine Zugehörigkeit zum Kaufmannsstande.

Mit der Lockerung des Verhältnisses der Kaufleute zueinander und mit der freieren Gestaltung des Verkehrs mußte naturgemäß diese

1 S. Brunner-Heymann § 49, S. 207.

2 S. Casaregis bei Ehrlich a. a. O. S. 175.

3 S. hierzu vor allem die eingehenden Ausführungen von Rehme a. a. O. § 13, S. 125 ff. Rehme betont, daß „die Kaufmannsgilden in erster Linie nicht gemeinschaftlichen Handelsbetrieb der Mitglieder bezweckten, sondern bestimmt waren, die kaufmännischen Interessen derselben zu schützen und zu fördern".

4 Rehme a. a. O. S. 128 weist besonders hin auf den „brüderlichen Sinn der Genossen" und auf den „straffen genossenschaftlichen Zusammenschluß, der das Standesgefühl der Kaufleute stärkte".

strenge Auffassung von den Berufspflichten des Kaufmanns fallen. Trotzdem finden wir aber noch bis in die neuere Zeit hinein Anklänge daran in mehreren einschlägigen Gesetzen.

c) Betrachten wir zunächst das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten[1]. Wir finden dort I. Teil, 13. Titel, § 13: „Personen, welche zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt werden, können dieselben nicht anders als aus erheblichen Ursachen, die sie sogleich anzuzeigen schuldig sind, ablehnen." Es ist dies fast wörtlich das oben dargelegte Prinzip der Antwortpflicht, nur daß es sich im ALR. nur auf einen kleinen Personenkreis bezieht, eben die zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellten Personen, also etwa Rechtsanwälte, Spediteure, Mäkler, Gesindevermieter. § 14 enthält dann die Folgen der Verzögerung der Antwort: „Wird nämlich die Antwort verzögert, so wird die Vollmacht (nach heutiger Auffassung gleich Auftrag) für a n g e n o m m e n erachtet." § 15 betrifft diejenigen Personen, welche aus Übernehmung gewisser Arten von Aufträgen gegen Belohnung ein Gewerbe machen. Diese können zwar Aufträge ablehnen, sind aber gehalten, davon sofort Anzeige zu machen. Nach § 16 gilt bei Unterlassung der Anzeige der Auftrag als a n g e n o m m e n.

Eine ähnliche Bestimmung finden wir im österreichischen Privatrecht, und zwar in § 1003 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, bei der Lehre vom Bevollmächtigungsvertrag[2]. Nach § 1003 müssen nämlich „Personen, die zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt sind, über einen darauf, d. h. auf eines jener Geschäfte, zu deren Besorgung sie öffentlich bestellt sind, sich beziehenden Auftrag ohne Zögerung gegen den Auftragenden sich ausdrücklich erklären, ob sie denselben annehmen oder nicht; widrigenfalls bleiben sie dem Auftragenden für den dadurch veranlaßten Nachteil verantwortlich". Wir sehen, die Folgen der Nichtantwort sind hier andere als im ALR. Dort Schweigen gleich Annahme des Auftrages (s. o.), hier eine Verpflichtung zum Schadensersatz. Dieser Unterschied erklärt sich wohl daraus, daß das Österreichische BGB. in § 1003 eine Antwort zur Pflicht gemacht hat, ganz gleichgültig, ob diese zusagend oder ablehnend ausfällt. Deshalb würde eine Unterlassung der Antwort widerrechtlich sein, und aus dieser Widerrechtlichkeit entspringt eben die Schadensersatzpflicht. „An sich ist eine Unterlassung in der Regel nicht widerrechtlich. Sie wird es aber, wenn jemand infolge gesetzlicher

1 Mit Kommentar von Koch, Berlin 1886.

2 S. Krasnopolski, Lehrbuch d. österreichischen Privatrechts, III. Bd., Obligationenrecht § 70, S. 353 ff.

Bestimmungen zur Vornahme gewisser Handlungen verpflichtet war und diese unterlassen hat"[1]. So auch hier in § 1003, und daher sind die Folgen des Schweigens andere als im ALR., da dort eine solche allgemeine Antwortpflicht nicht statuiert ist. Ehrlich[2] teilt uns mit, daß dieser Bestimmung praktische Bedeutung nicht beigemessen werden könne, da in dem Index zu den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Wien der § 1003 nicht zu finden sei. Krasnopolski[3] führt die Entstehung des § 1003 und auch einiger anderer Paragraphen über das Mandat zurück auf eine besondere „Treupflicht" des Mandatars gegenüber dem Mandanten, die sich aus dem Wesen des Mandatsvertrages ergebe. Wir haben hier noch eine deutliche Parallele zu der oben dargelegten, früher so stark ausgeprägten Treupflicht unter Kaufleuten.

In Deutschland haben sich wohl am längsten in der sächsischen Rechtsprechung Anklänge an das im Mittelalter allgemein gültige Prinzip der Antwortpflicht unter Kaufleuten erhalten. Es galt nämlich hier der Grundsatz, daß ein Kaufmann, der von einem andern Kaufmann unbestellte Ware mit Verkaufsrechnung geschickt erhielt, verpflichtet war, dieselben in angemessener Frist zur Disposition zu stellen, da sonst sein Schweigen als Annahme des in der Zusendung gelegenen Verkaufsanerbietens galt[4]. Vor allem das Sächsische Oberappellationsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen diesen Grundsatz immer wieder betont[5], und diese sächsische Praxis ist sogar in einem älteren Urteil des Reichs-Oberhandelsgerichts anerkannt[6]. Der Ursprung dieses Prinzips geht deutlich auf die alte ständische Rechtsauffassung zurück. Denn die Motive der betreffenden Entscheidungen des Oberappellationsgerichts betonen in erster Linie die Rücksichten, welche ein Kaufmann seinen Berufsgenossen schuldet[7]. Am klarsten ist das ausgesprochen in der Entscheidung I, 551 (1859), wo gesagt wird, daß der Absender der unbestellten Ware bei der Absendung von der Voraussetzung ausgeht, daß der Adressat die Waren behalten oder aber ihm baldmöglichst die Ablehnung mitteilen werde, damit er anderweitig über die Ware disponieren kann. „Der Handelsverkehr würde außer-

1 Krasnopolski a. a. O. § 28, S. 156.
2 a. a. O. S. 176.
3 a. a. O. § 70, S. 354, Anm. 3; S. 355, Anmerk. 7.
4 S. hierzu und zu den folgenden Ausführungen Ehrlich a. a. O. S. 176 ff. Übrigens galt im schlesischen Getreidehandel derselbe Grundsatz. S. RG.-Entsch. 54, 213 ff.
5 S. z. B. Annalen des OAG. Dresden I, 551 (1859); VII, 161 (1863); VII, 370 (1863) stellt fest, daß der Empfänger unbestellt, mit Faktura, zugesendeter Ware, wenn er nicht Kaufmann ist, nicht zur Dispositionsstellung behufs Ablehnung der Offerte verbunden ist. Daraus Umkehrschluß zulässig.
6 ROHG. II, 25.
7 Vgl. besonders Seuffert 25, Nr. 55, S. 86 (Entscheidung d. OAG. Dresden), wo ausdrücklich auf die Pflichten gegenüber dem „Gewerbsgenossen" hingewiesen wird.

ordentlich gehemmt und gefährdet erscheinen, ließe man es ganz in das Belieben des Empfängers gestellt, ob und wann er den Absender über seine Absicht aufklären wolle. Es würde dies augenscheinlich mit der für das wesentliche Gedeihen des Handels so nötigen kaufmännischen Ordnung ganz unvereinbar sein." Und eben weil der Empfänger als Kaufmann weiß, daß der Absender von dieser Voraussetzung ausgeht, hat er, wiederum als Kaufmann, die Pflicht, ihm die Waren zur Disposition zu stellen, wenn er sie nicht behalten will. Es ist dies sehr wesentlich, weil sich daneben hier und da die Tendenz herausgebildet hat, in der bloßen Empfangnahme der Ware, wie wir unten sehen werden, die Annahme der Offerte zu sehen. Es ist klar, daß dies etwas ganz anderes ist. „Auf die Tatsache der Empfangnahme wird in den Entscheidungen des OAG. Dresden nirgends irgendwelches Gewicht gelegt, sondern der Empfänger der Ware wird stets deshalb zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt, weil er seiner Pflicht, die Ware zur Disposition zu stellen, wollte er sie nicht behalten, nicht nachgekommen ist[1]."

Auf die Dauer konnte ein Widerstand gegen diesen Gerichtsgebrauch, der so wenig den veränderten Zeitverhältnissen Rechnung trug, nicht ausbleiben, und so hat denn auch das ROHG. schon in einer frühen Entscheidung[2] den Grundsatz der sächsischen Praxis eingeschränkt, indem es sich dagegen wendet, daß der Empfänger unbestellter Ware diese sofort und unmittelbar nach dem Empfang dem Absender zur Disposition stellen müsse, wenn er sie nicht behalten will. Immerhin anerkennt das ROHG. im Prinzip noch das Erfordernis des Zurdispositionstellens. Doch gibt es in dieser Entscheidung schon zu, daß „ein Geschäftsmann seine Zeit zunächst zu etwas anderem zu benutzen habe, als zudringliche Verkaufsofferten dieser Art, welche ihn ohnehin schon durch die einstweilige Aufbewahrung der zugesandten Waren usw. belästigen, abzufertigen". Jedoch erfolgte der endgültige Bruch mit der sächsischen Gerichtspraxis erst später in einer Entscheidung des ROHG. aus dem Jahre 1871[3]. In dieser Entscheidung wird zunächst der in Sachsen bestehende Gerichtsgebrauch dargestellt, wonach dort „in der vorbehaltlosen Annahme einer gehörig fakturierten Ware unter Kaufleuten im Zweifel ein Kaufabschluß gefunden wird. Dieser Gerichtsgebrauch stützt sich auf die Annahme eines Handelsgebrauchs dieses Inhalts". Diesen Handelsgebrauch anzuerkennen, weigert sich aber das ROHG. auf das Ent-

1 Ehrlich a. a. O. S. 177 f.

2 „Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen" Bd. 37, 59 ff.

3 ROHG. 16, 131 f.

schiedenste, indem es ablehnt, daß in der vorbehaltlosen Annahme einer gehörig fakturierten Ware für sich allein schon im Zweifel eine Annahme der in der Zusendung der Ware mit Faktura liegenden Offerte zu finden sei. Es ist fraglich, ob diese Entscheidung materiell gerechtfertigt war, da doch den Gerichten über die Verbindlichkeit eines dem Gesetz nicht widersprechenden Gewohnheitsrechts — und als solches können wir doch wohl den betreffenden Grundsatz ansehen — ein Urteil nicht zusteht[1]. Aber darauf kommt es hier nicht an. „Das ROHG. räumte eben mit dem letzten Rest des alten ständischen Handelsrechtes auf." Und dies mit Recht. Denn wo die Voraussetzung, ein enges persönliches Verhältnis von Kaufmann zu Kaufmann, nicht mehr bestand, hatte auch die Folgerung daraus, nämlich die strenge Auffassung von den Berufspflichten gegenüber den Gewerbsgenossen, keine Berechtigung mehr. Und so finden wir denn auch in den jüngeren Gesetzen nichts mehr, das an das alte ständische Prinzip erinnerte.

Mit der Zeit ist aber ein anderer Grundsatz im Handelsrecht zur Geltung gelangt, der auch im „Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch" seinen Ausdruck gefunden hat[2]: „Wenn zwischen dem Kaufmann, dem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Übernahme des Auftrages gilt." Der Unterschied zwischen dieser Bestimmung und dem oben dargelegten Prinzip der allgemeinen Antwortpflicht unter Kaufleuten liegt darin, daß dort die Betonung auf die Zugehörigkeit zum Kaufmannsstande gelegt wird, hier aber auf die bestehende Geschäftsverbindung, die „noch heute ein gewisses soziales Band, die Geschäftsfreundschaft, erzeugt[3]", aus der gewisse Verpflichtungen, hier also z. B. die Antwortpflicht, für den Fall, daß der Beauftragte den Auftrag nicht annehmen will, resultieren. — Fast wörtlich hat das HGB. in § 362 die Bestimmung des Art. 323 des ADHGB. übernommen[4]. Wir haben hier einen der Fälle, wo im Gesetz festgelegt wird, wie das Schweigen einer Person auszulegen ist; dem Zweifel über die Schlüssigkeit des Schweigens hilft hier das Gesetz ab, indem es die Annahme eines bestimmten Willens vorschreibt.

---

1 S. auch Artikel 1 ADHGB.: „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche . . . zur Anwendung." S. auch Ehrlich a. a. O. S. 179.

2 Art. 323 HGB.

3 S. Ehrlich a. a. O. S. 180.

4 S. Cosack, Lehrbuch d. Handelsrechts § 38, II., S. 114.

Man könnte glauben, § 362 HGB. stände mit § 151 BGB. im Widerspruch. Dem ist aber nicht so. „Denn dort (in § 151) ist nur gesagt, daß unter Umständen die Annahme genügt, wenn sie auch dem Antragenden gegenüber nicht erklärt wird. Hier (in § 362) wird ausnahmsweise das bloße Schweigen als genügende Annahmeerklärung hingestellt. § 362 HGB. geht also weiter und ist strenger; denn § 151 verlangt doch noch eine Annahmehandlung, während § 362 sich mit dem bloßen Schweigen begnügt[1].“

§ 6 Auch im BGB. finden sich solche Fälle, wo das Gesetz selbst dem Schweigen eine bestimmte Bedeutung beilegt, z. B. bei der Schenkung. Nach § 516 II gilt nämlich die Schenkung als angenommen, wenn die Zuwendung ohne den Willen des andern erfolgt ist und die von dem Zuwendenden bestimmte Frist zur Erklärung über die Annahme abgelaufen ist. Das Gesetz geht dabei, mit Recht, wohl von dem Gedanken aus, daß in der Regel Schenkungen nicht ausgeschlagen werden und unterstellt deshalb im Falle des Schweigens den Annahmewillen[2].

Ganz ähnlich ist die Lage bei der Erbschaft. Denn nach § 1943 gilt die Erbschaft als angenommen, wenn die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist. Der zugrunde liegende Gedanke ist derselbe wie in § 516 II, nämlich, daß normalerweise eine Erbschaft nicht ausgeschlagen wird[3]. In diesen beiden Paragraphen liegt also die Annahme im Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist. Wollte aber der Erbe, vielleicht wegen Überschuldung des Nachlasses, die Erbschaft ausschlagen, so hätte er ja dazu genügend Zeit gehabt während des Laufens der Frist. § 1943 ist hier erwähnt, obgleich es sich dabei nicht um einen Vertrag handelt. Aber der innere Zusammenhang mit § 516 II ist so unzweideutig, daß wir glaubten, ihn (den § 1943) nicht übergehen zu dürfen.

Zwei andere Fälle finden wir in den Tatbeständen der §§ 568 und 625. Nach § 568 gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn nach dem Ablaufe der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt wird, und § 625 enthält die analoge Bestimmung für den Dienstvertrag. Es wird also „unwiderleglich vermutet“, daß die Parteien das zwischen ihnen bestehende Verhältnis auf unbestimmte Zeit verlängert haben[4]. Man könnte im Zweifel sein, worin hier die beiden Willenserklärungen, also der Antrag und die Annahme des neuen Miet- bzw. Dienstvertrages — denn als solcher ist er anzusehen, da ja der ursprüngliche Vertrag abgelaufen ist — zu

1 Staub a. a. O. zu § 362, Anmerk. 19.
2 Vgl. Endemann, Bürgerl. Recht I, § 64, Anmerk. 21.
3 Vgl. Endemann, Bürgerl. Recht I, § 64, Anmerk. 21.
4 S. Enneccerus Bd. I, 2, § 354, IV, und § 368 D.

finden seien. M. E. enthält die Fortsetzung des Gebrauchs der Sache bzw. die Fortsetzung der Dienstleistung den Antrag auf Abschluß des neuen Vertrages. Dieser Antrag wird durch das Schweigen des Vermieters bzw. des Dienstherrn angenommen. Auf diese Weise kommt der neue Vertrag zustande[1].

Eine ganz einheitliche Linie weisen die §§ 108 II, 177 II, 1396 II[2] und 1829 II[3] auf[4]. In diesen Paragraphen spricht das Gesetz selbst aus, welches die Folge sein soll, wenn jemand, der durch eine bestimmte Willenserklärung eine Rechtswirkung herbeiführen kann, diese Erklärung nicht abgibt. Bei den drei erstgenannten Paragraphen handelt es sich um die Genehmigung von Verträgen, die geschlossen wurden durch nicht voll geschäftsfähige (geschäftsbeschränkte) Personen — wir müssen in diesem Zusammenhang die Ehefrau dazu rechnen — oder durch nicht vertretungsberechtigte Personen, und zwar sieht das BGB. die Genehmigung als von dem gesetzlichen Vertreter bzw. Ehemann bzw. Geschäftsherrn verweigert an, wenn auf die Aufforderung zur Erklärung hin geschwiegen wird. Denselben Schluß zieht das Gesetz in § 1829 II. Man könnte aber glauben, ein Unterschied gegenüber den drei erstgenannten Paragraphen bestände darin, daß in diesem Fall der zur Erklärung aufgeforderte Vormund dem anderen Teil nur mitteilen solle, ob das Vormundschaftsgericht den Vertrag genehmigt habe, so daß hier der zur Erklärung aufgeforderte Teil nur Mittelsperson wäre. Dem ist aber nicht so. Vielmehr „hat die Mitteilung der Genehmigung durch den Vormund rechtsgeschäftlichen Charakter; der Vormund genehmigt damit auf Grund der ihm hierzu vom Vormundschaftsgericht erteilten Ermächtigung, d. h. erweiterten Vertretungsmacht, den Vertrag s e l b s t“[5]. Und deshalb konnten wir oben auch sagen, daß die Paragraphen 108, 177, 1396 und 1829 eine einheitliche Linie aufweisen.

Im Zusammenhang mit § 177 BGB. erscheint es notwendig, auch den § 85 HGB. heranzuziehen. Hier gilt nämlich, im Gegensatz zu § 177 BGB., die Genehmigung als erteilt, wenn ein Handlungsagent, der nur mit der V e r m i t t l u n g von Geschäften betraut ist, ein

---

1 Ebenso Endemann, Bürgerl. Recht I, § 64, Anmerk. 23.

2 S. Frz. Leonhard, Lehrbuch S. 41, 2 D u. S. 159 D 1; Staudinger, § 177 f., 3; Enneccerus Bd. I, 1, § 170.

3 Vgl. Enneccerus Bd. II, 2, § 115, VII.

4 Vgl. auch §§ 458 I u. 1448 II BGB.

5 S. Enneccerus Bd. II, 2, § 115, VII, 1 a. Das BGB. braucht in § 1829 den Ausdruck „Genehmigung des Vormundschaftsgerichts“. Diese „Genehmigung“ ist hier aber nicht als Rechtsgeschäft, sondern als obrigkeitlicher Akt des Vormundschaftsgerichts anzusprechen. Das Wort „Genehmigung“ ist hier also nicht im technischen Sinne gemeint. S. a. Enneccerus Bd. II, 2, § 115 VI 1. — Nähme man das aber nicht an, so wäre hier die Ausdrucksweise des Gesetzes ungenau, da die Zustimmung des Gerichts vorher einzuholen ist (§§ 1828 ff.); s. BGB. §§ 183 f. und Frz. Leonhard, Lehrbuch S. 185 unten.

Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen hat, und der Geschäftsherr nicht unverzüglich nach Erhalt der Kenntnis dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne. Hier gilt also Schweigen als Genehmigung. Dieser Unterschied gegenüber dem § 177 BGB. läßt sich wohl folgendermaßen erklären: Der Vermittlungsagent wird von einem Kaufmann durch freien Dienstvertrag ständig mit Hilfsdiensten betraut, es besteht hier also ein ziemlich enges Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Vertreter. Wenn nun der Agent seine Vollmacht überschreitet und das Geschäft, anstatt es nur zu vermitteln, im Namen seines Prinzipals abschließt, so meint das Gesetz, mit Recht, daß eine unwiderlegbare Vermutung der Genehmigung aufgestellt werden könne, da doch schon aus dem freien Dienstvertrag ein gewisses Vertrauen des Kaufmanns seinem Agenten gegenüber hervorgeht, also im Zweifel der Geschäftsherr auch das Vertrauen in die Fähigkeiten seines Agenten setzt, Verträge in seinem Namen abzuschließen. Ganz anders dagegen in § 177 BGB. Hier ist der Vertreter ohne Vertretungsmacht womöglich eine dem Geschäftsherrn völlig unbekannte Person, und wenn nun diese in seinem Namen handelt, so kann ihm nicht zugemutet werden, daß er sich überhaupt dazu äußert. Der Geschäftsherr ist also hier in jedem Fall vor Eingriffen in seine Rechtssphäre geschützt[1].

Bei der Schuldübernahme, in den §§ 415, 416, finden wir einen weiteren Fall, in dem das Gesetz im Falle des Schweigens einen bestimmten Willen unterstellt. Fordert nämlich der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger zur Erklärung über die Genehmigung der Schuldübernahme auf, und schweigt der Gläubiger darauf, so gilt die Genehmigung als verweigert. Dagegen gilt die Genehmigung als erteilt, wenn der Erwerber eines Grundstückes durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, übernimmt und der Gläubiger dazu schweigt. Es liegt klar auf der Hand, warum das Gesetz diesen Unterschied macht: Im ersteren Falle (§ 415) soll verhindert werden, daß die Schuld von irgendeiner unsicheren, zahlungsunfähigen Person übernommen wird, so daß die Forderung für den Gläubiger in Gefahr wäre. Man könnte einwenden, daß eine solche Gefahr gar nicht bestände, da die Schuldübernahme ja grundsätzlich von der Genehmigung des Gläubigers abhängig sei. Letzteres ist natürlich richtig. Aber das Gesetz will wohl durch § 415 die Stellung des Gläubigers noch mehr stärken, so daß er Gesuche um Genehmigung der Schuldübernahme gar nicht zu beachten braucht und dabei doch nicht Gefahr läuft, daß sein Schweigen

1 S. Cosack, Lehrbuch d. Handelsrechts § 31 IV, 2 u. I, 1.

in einer für ihn möglicherweise ungünstigen Weise ausgelegt wird. Ganz anders in § 416. Hier besteht für den Gläubiger gar keine Gefahr, da die Forderung durch die Hypothek gesichert ist, so daß es dem Gläubiger gleichgültig sein kann, wer sein Schuldner ist. Daher ist es durchaus verständlich, daß das Gesetz hier das Schweigen des Gläubigers als Genehmigung der Schuldübernahme auslegt. Enneccerus[1] weist darauf hin, daß diese „unwiderlegbare Vermutung der Genehmigung vorgeschrieben sei, um eine Trennung der dinglichen und persönlichen Haftung tunlichst zu verhindern und dem Veräußerer die Befreiung von der persönlichen Haftung nach Möglichkeit zu erleichtern".

Wir hatten oben den Art. 323 des ADHGB. und im Zusammenhang damit den fast gleichlautenden § 362 HGB. behandelt. Dieser § 362 erinnert an eine Vorschrift des BGB., wonach ein Antragsempfänger, der einen ihm gestellten Antrag ablehnen will, dies unter Umständen dem Antragsteller unverzüglich anzuzeigen hat. Es ist dabei gedacht an die §§ 663, 675 BGB. Voraussetzung ist, daß der betreffende Antragsempfänger zur Besorgung solcher Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, oder daß er sich dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. In diesen Fällen soll der Antragsempfänger, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht anzunehmen gewillt ist, verpflichtet sein, dies unverzüglich dem Auftraggeber mitzuteilen. Die Folgen des Schweigens des Antragsempfängers sind aber andere als in § 362 HGB. Dort gilt Schweigen als Annahme des Antrages, es kann also auf Erfüllung geklagt werden. Hier (d. h. in §§ 663, 675) dagegen entsteht nur eine Schadensersatzpflicht des säumigen Antragsempfängers[2]. § 663 BGB. steht nicht etwa im Widerspruch mit dem § 151 BGB. Im letzteren Paragraphen wird bestimmt, daß nach der Verkehrssitte eine Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden betätigt werden kann. § 663 bestimmt hierüber nichts, er ordnet überhaupt nichts über die Annahme an, sondern behandelt gerade den umgekehrten Fall, daß der Antrag abgelehnt wird, und bestimmt, daß diese Ablehnung unverzüglich angezeigt werden muß. Im Unterlassungsfalle gilt zwar der Antrag als abgelehnt, aber der Antragsempfänger ist dem Antragenden für den durch die Versäumung der Anzeige entstandenen Schaden verantwortlich[3]. Im Vergleich zum HGB. sehen wir, daß dessen Vorschrift in § 362 bedeutend schärfer ist, als die-

1 Bd. I 2 § 310, I 2.
2 S. Enneccerus Bd. I 2, § 380 II.
3 Vgl. Staub a. a. O. zu § 362, Anmerk. 24.

jenige des BGB.[1]. Dies entspricht der immer wieder und durchaus zu Recht hervortretenden Ansicht, daß im Handelsverkehr an den Kaufmann größere Ansprüche bezüglich der Beweglichkeit und des Entgegenkommens gestellt werden müssen als an den Nichtkaufmann im gewöhnlichen Güterverkehr.

Nach § 675 findet die Vorschrift des § 663 auch Anwendung auf Dienst- oder Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, also z. B. bei Agenten, Maklern, Inkassobüros, Patentanwälten, aber natürlich nur, wenn sie, was allerdings in der Regel geschieht, ihre Dienste öffentlich angeboten haben. Für Rechtsanwälte ist die Frage durch die Rechtsanwaltsordnung § 30 in gleichem Sinne besonders geregelt[2].

Wenn wir nun noch die §§ 496[3], 464, 640 II[4], 1405 II[5] BGB. und die §§ 60 II[6], 376 I[7] und 377 II u. III[8] HGB. erwähnen, so ist die Reihe der gesetzlichen Tatbestände, bei denen dem Schweigen einer Person eine bestimmte Bedeutung beigelegt wird, erschöpft[9].

Enneccerus[10] teilt die vermuteten Willenserklärungen in 3 Gruppen ein, und zwar bilden die erste Gruppe diejenigen Fälle, wo das Verhalten nur im Zweifel als Willenserklärung des bestimmten Inhalts aufgefaßt werden soll. „Es handelt sich dann um eine wahre Willenserklärung, deren Vorhandensein bis zum Beweise des Gegenteils vermutet wird. Wird der Beweis erbracht, daß der Wille fehlte, so lag eine Willenserklärung dieses Inhalts überhaupt nicht vor; eine Anfechtung ist dann weder nötig noch möglich." Unter diese Rubrik fallen z. B. die §§ 2101 I und 2255 II.

Die zweite Gruppe wird gebildet von denjenigen Fällen, in denen „das Verhalten schlechthin als Willenserklärung des bestimmten Inhalts gelten soll (praesumtio iuris et de iure)". Es kommt hier aber gar nicht auf das Erklärungsbewußtsein an; denn „auch bei Fehlen dieses Bewußtseins soll das Verhalten nach Rechtsvorschrift als Erklärung des bestimmten Inhalts betrachtet werden und folglich

1 S. Cosack, Lehrbuch d. Handelsrechts § 38 II, S. 114.
2 S. Enneccerus, Bd. I 2, § 380, Anmerk. 11.
3 Kauf auf Probe. Schweigen gilt als Billigung.
4 Rügepflicht des BGB. Vorbehaltlose Annahme der gekauften Sache, also Schweigen, gilt als Billigung.
5 Schweigt der Mann zu dem Erwerbsgeschäft der Ehefrau, so gilt die Einwilligung als erteilt.
6 Schweigt der Prinzipal zu dem Betrieb eines Handelsgewerbes durch den Gehilfen, so gilt die Einwilligung als erteilt.
7 Handelsrechtliches Fixgeschäft. Die Ablehnung der Erfüllung durch den Gläubiger wird präsumiert, wenn Schuldner nicht rechtzeitig lieferte.
8 Untersuchungs- und Rügepflicht des HGB. Bei Schweigen des Käufers gilt die Ware als genehmigt.
9 Vgl. auch „Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit". § 91 III.
10 Bd. I 1, § 144 III.

den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unterstellt sein“[1]. Dies ist die schon oben behandelte unwiderleglich vermutete Willenserklärung. Wir finden diese in den §§ 568, 625, 496, 516 II, 1405 II.

Die dritte Gruppe setzt sich aus den Fällen zusammen, „in denen lediglich dieselbe Wirkung eintreten soll, welche sonst an Willenserklärungen (des bestimmten Inhalts) geknüpft ist, ohne daß damit die Vorstellung verbunden wäre, daß die betreffende Person wirklich eine Willenserklärung (jenes Inhalts) abgegeben hätte. Dann handelt es sich überhaupt nicht um eine Willenserklärung, und die Vorschriften über Willenserklärungen finden keine Anwendung“[2]. Hierher gehören z. B. die §§ 108 II, 177 II, 415 II, 458 I, 1396 II, 1448 II.

Wir haben uns in den vorhergehenden Ausführungen bemüht, die wichtigsten derjenigen Gesetzesstellen wiederzugeben, wo dem Schweigen einer Person eine bestimmte Bedeutung beigelegt wird, und haben versucht, zu erklären, warum das Gesetz in den betreffenden Fällen eine Genehmigung bzw. Annahme oder eine Ablehnung bzw. Verweigerung der Genehmigung annimmt. Wir haben also aus den angeführten Gesetzesstellen auch gesehen, daß von einem bestimmten Prinzip, daß Schweigen gleich Annahme oder Ablehnung sei, nicht gesprochen werden kann, daß vielmehr das Gesetz in einigen Paragraphen dem Schweigen die Bedeutung der Annahme beilegt, in anderen dagegen die Bedeutung der Ablehnung.

§ 7

Nun geht aber die Bedeutung des Schweigens bei Vertragsschlüssen weit über die angeführten gesetzlichen Tatbestände hinaus. Es gibt nämlich im praktischen Leben, hauptsächlich im Handelsverkehr, viele Fälle des Schweigens, die gar keinen oder nur einen losen Zusammenhang haben mit diesen gesetzlichen Tatbeständen. Wir werden im folgenden sehen, daß auch bei diesen Fällen ein bestimmtes Prinzip, daß Schweigen als Annahme oder Ablehnung gilt, nicht besteht. Es ist leicht zu erkennen, zu welch unhaltbarem Ergebnis man käme, sollte das Schweigen auf eine Frage oder einen Antrag als Bejahung der Frage oder Annahme des Antrags gelten. „Dann hätte nämlich“, wie Ehrlich[3] treffend ausführt, „jedermann, der es für gut findet, an mich eine Anfrage oder einen Antrag zu richten, die Macht, mich in eine Zwangslage zu versetzen; er würde mich dadurch zu einer Antwort zwingen; denn wenn ich ihm gar nichts sagen würde, so wäre dieses Garnichts eben ein Ja.“ Ehrlich fragt mit Recht, „ob man dem ersten

1 Vgl. auch v. Tuhr a. a. O. Bd. II, 1; Hälfte § 43, S. 13, u. § 61, S. 425 f.
2 Vgl. auch v. Tuhr a. a. O. Bd. II, 1; Hälfte § 43, S. 13, u. § 61, S. 425 f.
3 a. a. O. S. 174.

besten das Recht geben könne, seinen Mitmenschen so ganz ohne weiteres die Pistole auf die Brust zu setzen, sie ohne weiteres zu einer Antwort zu zwingen". Wir sehen, dies Ergebnis ist unmöglich. Aber nach welchen Grundsätzen soll nun das Schweigen einer Person beurteilt werden? Die Antwort kann nur lauten: nach den allgemeinen Auslegungsregeln des Zivilrechts, also nach den Grundsätzen von Treu

a) und Glauben und nach der Verkehrssitte. — Schon im Mittelalter war im Obligationenrecht von maßgebender Bedeutung die redliche Handelssitte, die aequitas mercatoria, und so spielt zu jener Zeit der Handelsgebrauch (consuetudo, usancia) eine hervorragende Rolle[1]. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Und so sehen wir, daß auch das HGB. in § 346 ausdrücklich darauf hinweist, daß „unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist"[2]. Gerade dieser Satz, im Zusammenhang mit dem Grundgedanken der §§ 133, 157, 242 BGB. wird in den folgenden Ausführungen oft von ausschlaggebender Bedeutung sein, auch wo es sich nicht um reine Handelsgeschäfte dreht. § 346 HGB. enthält eben keine rein handelsrechtliche, sondern eine allgemein gültige Lehre[3]. Der Richter muß, um Verträge und Willenserklärungen interpretieren zu können, die Gewohnheiten und Gebräuche und die Praxis, z. B. des Kaufmanns oder auch der Handwerker, aus den verschiedenen Gewerben, überhaupt aller Kreise und Schichten, kennen[4]; wo dies aber zu große Anforderungen an den Richter stellen würde, da wird er Sachverständige vernehmen müssen, also Personen, die gerade in d e m Kreise ihr Tätigkeitsfeld haben, dem die am Prozeß Beteiligten entstammen, die also über die erforderlichen Kenntnisse der gerade in diesem Kreise geltenden Gewohnheiten und Gebräuche verfügen[5]. Wir sehen, von wie außerordentlicher Bedeutung für die Interpretation von Willenserklärungen diese Gewohnheiten und Gebräuche und die Verkehrssitte sind.

b) Von besonderer Wichtigkeit für unser Problem ist ferner auch der Begriff der Geschäftsverbindung[6]. Wir finden diesen in § 362 HGB. in folgendem Zusammenhang: „Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von

1 Vgl. Rehme a. a. O. § 11, S. 105 (betrifft in erster Linie die romanischen Länder, vor allem Italien).
2 S. auch Art. 1 u. 279 ADHGB.
3 Vgl. Ehrlich a. a. O. S. 38.
4 S. Danz a. a. O. § 12, S. 97.
5 S. Danz a. a. O. § 12, S. 98.
6 Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht I, § 133 III.

jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags." Wie diese Gesetzesvorschrift entstanden ist, wurde schon oben gezeigt. Hier entspringt also aus der Geschäftsverbindung eine Antwortpflicht. Wir werden im folgenden sehen, daß diese Antwortpflicht bei bestehender Geschäftsverbindung nicht auf die Fälle des Geschäftsbesorgungsvertrages beschränkt ist, ganz besonders nicht im Handelsverkehr. Vielmehr begründet die Geschäftsverbindung, „die auch heute noch ein gewisses soziales Band (die Geschäftsfreundschaft) erzeugt"[1], ganz allgemein die Pflicht des Entgegenkommens und im speziellen unter Umständen die Antwortpflicht, damit der Kontrahent Klarheit gewinnt und disponieren kann. Und so wird man sagen können, daß eine Antwortpflicht bestehen kann, auch wenn sie vom Gesetz nicht ausdrücklich statuiert ist (wie z. B. in § 362 HGB.), sondern wo sie gefordert wird durch das Verhältnis, in dem die Parteien zueinanderstehen, also wenn indirekt, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, eine Antwort von dem Kontrahenten verlangt werden kann. Daraus läßt sich aber ableiten, daß, wenn der Stillschweigende zu einer Antwort verpflichtet war, sei es durch Gesetz, sei es nach Treu und Glauben, der Gegner aus seinem Schweigen eine Willenserklärung herauslesen darf. „Im Stillschweigen kann nur dann eine Willenserklärung erblickt werden, wenn der Stillschweigende zu einer Willenserklärung verpflichtet war[2]."

c) Es seien nun im folgenden an einigen praktischen Beispielen die verschiedenen Gesichtspunkte dargelegt, nach denen das Schweigen einer Person bei Vertragsschlüssen beurteilt wird. Wenn wir hier mit den Fällen der Zusendung unbestellter Ware beginnen, so nur deshalb, weil dies wohl der in diesem Zusammenhang häufigste und bekannteste Fall ist. Nehmen wir an, jemand bekommt von irgendeinem Buchhändler ohne Bestellung ein Buch zugeschickt, so ist in dieser Zusendung eine Willenserklärung zu sehen, und zwar ein Antrag auf Abschluß eines Kaufvertrages über das Buch. Schweigt nun der Empfänger, so ist dieses Schweigen nicht etwa als Annahme des Antrages zu werten, vielmehr liegt in diesem Schweigen gar keine Willenserklärung, weder eine Annahme noch eine Ablehnung. Auch die einseitige Bestimmung des Absenders: Nichtantwort binnen 3 Tage betrachte ich als Annahme meiner Offerte! ist wirkungslos, da, wie wir oben sahen, niemand seinen Mitmenschen so ohne weiteres zu einer Antwort zwingen kann[3].

1 S. Ehrlich a. a. O. S. 180.
2 S. Ehrlich a. a. O. S. 174.
3 Vgl. Fr. Leonhard, Lehrbuch, 27 f; s. auch Seuffert 31, Nr. 262; vgl. auch Dernburg, Bürgerl. Recht I. § 133 II.

Um in dem Schweigen des Empfängers eine Annahmeerklärung erblicken zu können, müßten irgendwelche „besonderen Umstände des Falles" vorliegen. Solche besonderen Umstände wären z. B. vorhanden, wenn der Empfänger schon seit längerer Zeit seine Bücher stets von einem bestimmten Buchhändler bezieht, und wenn er solche „zur Ansicht" zugesandten Bücher, falls sie ihm nicht zusagten, stets zurückgebracht hat. In diesem Falle würde also das Schweigen des Empfängers als Annahmeerklärung anzusehen sein, der Kaufvertrag würde dadurch perfekt werden, und zwar weil der Absender auf Grund der besonderen Umstände des Falles, die hier in der Geschäftsverbindung und in der Gewohnheit des Empfängers, nichterwünschte Bücher zurückzubringen, zu suchen sind, nach Treu und Glauben eine Antwort erwarten durfte, wenn der Adressat das Buch nicht behalten wollte.

Wir können also schon hier sagen: Im allgemeinen besteht eine Verpflichtung, unbestellt zugesandte Ware, bei Gefahr der Annahme der Offerte, zur Disposition zu stellen, nicht. Vielmehr muß immer nach den Verhältnissen des Einzelfalles entschieden werden[1]. Auch wenn der Empfänger z. B. die Fracht für die unbestellte Ware bezahlte, die Kiste geöffnet und dann geschwiegen hat, so ist dies alles noch keine Annahme der Offerte, da er berechtigt ist, die Ware zu prüfen, dies aber ohne diese Handlungsweise nicht möglich ist[2]. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn er einen Teil der Ware verbraucht hätte, der größer war als eine gewöhnliche Probe[3]. Dann wäre ein Vertrag zustande gekommen, aber nach § 151 BGB., also nicht durch eine stillschweigende Willenserklärung, sondern durch eine Willensbetätigung, da der Absender der unbestellten Ware auf eine Erklärung der Annahme ihm gegenüber stillschweigend verzichtet hatte.

Es sei hier auch der Fall erwähnt, daß ein Kaufmann eine Bestellung ausführt, indem er die angeforderte Ware dem Kunden zusendet, gleichzeitig aber noch einen Posten unbestellter Ware hinzufügt. Bezüglich der Mehrsendung liegt hier wieder — wie bei den unbestellten Zusendungen — ein Kaufvertragsantrag vor. Es fragt sich, ob dieser durch das Schweigen des Empfängers angenommen wird. M. E. ist das im allgemeinen zu verneinen[4]. Wenn man auch berücksichtigen muß, daß in diesem Falle zwischen den beiden Kontra-

1 S. OLG.-Entscheidg. 8, 29.
2 S. Seuffert 24, Nr. 60 (1871).
3 S. Staub 2, 2, § 377, Anmerk. 200.
4 Anderer Ansicht Staub § 377, Anmerk. 202, der überhaupt bez. der Auferlegung der Antwortpflicht im Handelsverkehr eine sehr strenge Auffassung vertritt.

henten eine Geschäftsverbindung besteht, so ist doch nicht anzunehmen, daß eine vielleicht nur einmalige Bestellung seitens des Kunden schon eine solche Antwortpflicht, wenn er mit der Mehrsendung nicht einverstanden war, begründet. Die Lage ändert sich aber sofort, wenn der Empfänger etwa den Empfang der Sendung bestätigt oder irgendwelche Mängel rügt, überhaupt aus irgendeinem Grund mit dem Absender korrespondiert. Wenn er dann in seinem Schreiben bezüglich der Mehrsendung schweigt, dann darf der Lieferant das Schweigen des Kunden als Annahme seines Kaufvertragsantrags deuten. Denn man kann zwar von dem Warenempfänger nicht verlangen, daß er, nur um die unerwünschte Mehrlieferung abzulehnen, sich der Mühe des Schreibens unterzieht[1]; wenn er aber ohnedies seinem Lieferanten, ganz gleich aus welchem Grunde, schreiben muß, so ist es keineswegs zuviel verlangt, daß er, will er die Mehrlieferung ablehnen, dies in einem Satz zum Ausdruck bringt. Die Gerichte haben sich denn auch durchweg in ihren Entscheidungen auf diesen Standpunkt gestellt[2].

Auch im Lotteriegeschäft spielt die Bedeutung des Schweigens eine große Rolle. Schon das ALR. hat sich damit befaßt und schon damals denselben Standpunkt eingenommen wie wir heute. Es wird dort im Kommentar von Koch[3] gesagt: „man habe behaupten wollen oder doch für zweifelhaft gehalten, ob nicht der, welcher ein Lotterielos unbestellt zugesandt erhält und nicht zurückschickt, den Einsatz zu zahlen verpflichtet sei, weil darin eine stillschweigende Annahme liege. Dies sei gleich sehr verkehrt!" Dieser Ansicht ist durchaus beizupflichten[4]. Das Ergebnis ändert sich aber, wenn wir uns den Fall z. B. so umdenken, daß Absender und Empfänger schon längere Zeit Lotteriegeschäfte miteinander gemacht haben und nun der Kollekteur seinem Kunden statt eines diesem zustehenden Gewinnes ein neues Los im selben Werte sendet, ihm damit dieses Los zum Kauf anbietet. Wenn in diesem Falle der Empfänger schweigt, so ist sein Schweigen als Annahme der Offerte anzusehen, da er, wollte er auf die Offerte nicht eingehen, auf Grund der Geschäftsverbindung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte verpflichtet war, zu antworten.

Eine Antwortpflicht, wenigstens im Handelsverkehr, wird man auch dann annehmen müssen, wenn der Empfänger unbestellter Ware aus irgendwelchen Umständen ersieht, daß die Zusendung auf einem Irrtum des Absenders beruht, etwa, daß er sich in der Person des

1 S. Dernburg, Bürgerl. Recht I, § 133 II.
2 S. die ganz ähnlichen Fälle ROHG.-Entscheidg. 3, 43 u. 16, 40.
3 Berlin 1886, I. Teil, Titel 5, Anmerk. zu § 81.
4 OLG.-Entscheidg. 13, 390.

Empfängers geirrt hat[1]. Denn nach der Lage dieses Falles würde das Zurückhalten der Äußerung geeignet sein, die Schritte des andern Teiles zu dessen Nachteil zu bestimmen. Dies würde aber nicht in Einklang zu bringen sein mit der redlichen Handelssitte. Es braucht eigentlich kaum erwähnt zu werden, daß der Schweigende die ihm gewordene Erklärung auch tatsächlich in dem Sinne verstanden haben muß, welcher eine Antwort nach Treu und Glauben erfordert[2]. Damit haben wir aber schon einen neuen Grundsatz berührt, der von größter Bedeutung für die Fälle des Schweigens ist. Man kann diesem Grundsatz folgende Fassung geben: Das Schweigen einer Person auf eine Erklärung hin gilt dann als Zustimmung, wenn das Stillschweigen den Zweck arglistiger Täuschung des Erklärenden verfolgt oder in der Absicht, den letzteren zu nachteiliger Untätigkeit zu veranlassen[3], seinen Grund hat, oder wenn wenigstens das Stillschweigen, in einer für den Gegner erkennbaren Weise, geeignet war, dessen fernere Schritte zu bestimmen[4], oder endlich, wenn die Erklärung erkennbarerweise auf einer irrigen Auffassung beruhte[5]. In all diesen Fällen besteht für den Empfänger der Erklärung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und der redlichen Handelssitte eine Antwortpflicht. Wenn er nun diese Pflicht vernachlässigt, dann darf der Kontrahent das Schweigen als Willenserklärung eines bestimmten Inhalts deuten. Ganz besonders ist das natürlich der Fall, wenn die Parteien in einem Vertragsverhältnis miteinander stehen.

Wir hatten oben gesagt, daß das Schweigen auf unbestellte Zusendungen hin, ohne daß besondere Umstände hinzutreten, wie etwa eine langjährige Geschäftsverbindung, nicht als Zustimmung zu werten ist. Solche besonderen Umstände sind aber auch dann anzunehmen, wenn die unbestellte Sendung Waren enthält, die nach einiger Zeit stark im Wert sinken[6], wie etwa Saison- oder Modeartikel. Ehrlich[7] führt einen Fall an, in dem der Österreichische Oberste Gerichtshof einen Kaufmann, welcher die ihm, mit dem Ersuchen, Nichtzusagendes zurückzusenden, zugekommene Warensendung die ganze Wintersaison hindurch behielt und erst im Mai als unanbringlich zurückschickte, zur Bezahlung der ganzen Sendung verurteilte. Dieser Entscheidung ist durchaus beizupflichten, aber nicht etwa deshalb, weil der Empfänger

1 S. Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht u. Proz. Bd. 8, S. 450, und ROHG.-Entscheidg. 15, 96; 13, 45.
2 S. Jurist. Wochenschrift 1894, S. 318, Nr. 22.
3 Vgl. auch Staub 2, 1, § 346, Anmerk. 16.
4 S. RG.-Entscheidg. 30, 62.
5 Vgl. auch Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht u. Proz. Bd. 8, S. 450, und Staub § 377, Anmerk. 202.
6 Vgl. Staub 2, 2, § 377, Anmerk. 200, und ROHG. 1, 81; 4, 205.
7 a. a. O. S. 191 f.

die Ware so lange behielt, ohne sich dem Absender gegenüber zu äußern, sondern weil er von der ihm gegebenen Möglichkeit, mit der Ware Geschäfte zu machen, Gebrauch gemacht hat, und weil er sich darüber klar sein mußte, daß nach Ablauf der Saison die Ware stark im Wert gefallen sein würde, so daß er dem Absender nicht das zurückgeben können würde, was er von ihm bekommen hatte. Ehrlich[1] sagt zu dem betr. Fall sehr gut, daß bei Mode- oder Saisonartikeln „Gegenstand des Kaufes nicht die Warenstücke sind, sondern die Möglichkeit, mittels der Ware die Saison oder die Mode auszunutzen. Dadurch aber, daß der Empfänger die Ware diese Zeit hindurch behielt, ohne sich dazu zu äußern, hat er sich diese Möglichkeit angeeignet, und dafür soll er nun auch bezahlen." Es ist dies ein durchaus billiges Ergebnis.

Ehrlich[2] leitet diese seine Ansicht ab aus Analogie des Art. 347 ADHGB., dem der § 377 HGB. entspricht, indem er ausführt, daß die unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht bei Handelsgeschäften statuiert sei, um zu verhüten, daß der Empfänger mangelhafter Ware zunächst einmal abwarten kann, ob der Preis der betr. Ware steigende Tendenz hat. Wenn dies der Fall ist, würde der Empfänger den Verlust an Qualität in Kauf nehmen, da er reichlich entschädigt wird durch die Preisdifferenz. Wenn er aber umgekehrt nach einiger Zeit sieht, daß der Preis der betr. Ware fällt oder wenigstens stabil bleibt, so würde er die Ware wegen Mangelhaftigkeit dem Verkäufer zur Disposition stellen. Eine solche, den Grundsätzen von Treu und Glauben und der redlichen Handelssitte widersprechende Handlungsweise zu verhindern, ist Aufgabe und Sinn des § 377 HGB. Es soll eben eine solche Spekulation auf fremde Kosten unmöglich gemacht werden.

In diesem Zusammenhang ist auch ein Fall zu erwähnen, der in der Rechtsprechung mehrfach praktisch geworden ist[3]: daß die Verschiffung etwa einer Ladung Getreide (das erfahrungsgemäß starken Preisschwankungen unterworfen ist), die nach dem Vertrag an einem bestimmten Termin zu erfolgen hatte, verspätet wurde. Wenn nun der Verkäufer dem Gegner diese Verspätung mitteilt, so besteht für den Käufer eine unverzügliche Antwortpflicht, wenn er sich mit der verspäteten Verschiffung nicht einverstanden erklären will[4]. Denn der Käufer hat auf seiner Seite den großen Vorteil, daß er schon wegen geringer Abweichung von der garantierten Abfahrtzeit des Schiffes

1 a. a. O. S. 191 f.
2 a. a. O. S. 191 f.
3 ROHG.-Entscheidg. 24, 195; RG.-Entscheidg. 30, 62.
4 Aus Analogie der §§ 376, 377 HGB.

vom Vertrage zurücktreten kann[1]. Deshalb muß von ihm auch soviel Entgegenkommen verlangt werden, daß er dem Verkäufer mitteilt, daß er die verspätete Lieferung ablehne[2]. Sein Schweigen würde als Genehmigung der Verspätung zu gelten haben[1]. Wenn wir dies nicht annähmen, würden wir zu dem unhaltbaren Ergebnis kommen, daß der Käufer zunächst abwarten könnte, ob die Getreidepreise im Steigen begriffen sind. Wenn ja, würde er die Verspätung genehmigen, wenn nein, würde er die ganze Ladung ablehnen. Der Käufer würde auch hier wieder auf Kosten seines Lieferanten spekulieren können, und dieser wäre längere Zeit in vollkommener Unklarheit[3].

Daß eine solche Mitteilungspflicht auf seiten des Käufers besteht, folgt auch schon aus der Betrachtung, daß das Schweigen eines Kontrahenten ihm im Handelsverkehr dann zum Nachteil gereicht, wenn die zurückgehaltene Mitteilung geeignet war, die ferneren Schritte des anderen Kontrahenten zu bestimmen, wie wir schon oben sahen.

Eine Parallele hierzu finden wir übrigens im österr. Zivilrecht bei der Lehre von der Auslegung von Willenserklärungen, wo es heißt: „Wer sich, um einen anderen zu bevorteilen, undeutlicher Ausdrücke bedient . . ., leistet Genugtuung" (§ 869)[4].

Daß eine bestehende Geschäftsverbindung oder selbst ein Vertragsverhältnis keineswegs immer eine Antwortpflicht begründet, sehen wir aus folgendem Fall[5]: A. hat mit einer Gesellschaft einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, mit der Bestimmung, daß der Vertrag jeweils sechs Monate vor einem bestimmten Datum gekündigt werden kann. Nach einiger Zeit kündigt A. zu einem solchen vertragsmäßigen Datum, aber vertragswidrig zu spät. Die Gesellschaft schweigt. Das RG. hat hier mit Recht angenommen, daß das Schweigen in diesem Falle n i c h t als Genehmigung der vertragswidrigen Kündigung anzusehen sei und begründet seine Ansicht damit, daß „keine gesetzliche oder gewohnheitsmäßige Regel gelte, wonach, insbesondere zwischen den in einem Vertragsverhältnis Stehenden, allgemein Schweigen auf eine Erklärung als Zustimmung gelte; es komme vielmehr auf die Beurteilung der konkreten Sachlage an, ob die Unterlassung der Erklärung gegen Treu und Glauben verstoße". Das ist im vorliegenden Falle aber nicht anzunehmen, da die Gesellschaft annehmen mußte und

1 S. § 376 I HGB.
2 RG.-Entscheidg. 30, 62.
3 Auch das ROHG. betont in den Entscheidg. 1, 81, u. 4, 205 die Wichtigkeit des Momentes, ob es sich um Ware handelt, die starken Preisschwankungen ausgesetzt ist oder nicht.
4 S. Lehrbuch d. österr. Privatrechts III. Bd. Obligationenrecht von Krasnopolski § 17, S. 92.
5 Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht u. Proz. Bd. 8, S. 450 (RG.-Entscheidg.).

durfte, daß A. sich selbst im klaren war über die Vertragswidrigkeit seiner Kündigung. Die Gesellschaft hatte deshalb keinen Anlaß, dem A. zu erklären, daß sie mit seiner verspäteten Kündigung nicht einverstanden sei.

Auf demselben Gebiete liegen die zahlreichen Fälle, in denen auf ein „Bestätigungsschreiben" hin der Empfänger schweigt[1]. Es muß hier scharf unterschieden werden zwischen zwei Arten. Da ist zunächst das „eigentliche" Bestätigungsschreiben, in dem, wie der Ausdruck schon sagt, die eine Partei den Abschluß eines mündlichen Vertrages bestätigt, noch mal die einzelnen Vertragsklauseln fixiert und evtl. sich noch dazu äußert, wie sie ihrerseits einzelne Bestimmungen auffaßt. Ein solches Bestätigungsschreiben hat in erster Linie die Bedeutung einer zum Zwecke der Beweiserleichterung errichteten Urkunde. — Der Ausdruck „Bestätigungsschreiben" wird häufig aber auch in einem anderen Sinne gebraucht: Wenn nämlich die Parteien nicht über unverbindliche Vorverhandlungen hinausgekommen sind, dann sendet wohl die eine Partei dem Kontrahenten ein sogenanntes „Bestätigungsschreiben", in dem sie zum Ausdruck bringt, wie sie sich den zukünftigen Vertrag denkt in seinen einzelnen Punkten und Klauseln. Ein solches Bestätigungsschreiben ist also in Wahrheit nichts anderes als ein gewöhnlicher, den Absender bindender Vertragsantrag. Das Bestätigungsschreiben muß dann aber natürlich den fertigen Entwurf des gewollten Vertrages enthalten (s. die obigen Ausführungen über den Antrag).

Bei der Behandlung der ersterwähnten Art des Bestätigungsschreibens ist zu berücksichtigen, daß der betr. Vertrag bereits vorher perfekt geworden ist, sei es auf mündlichem oder telegraphischem Wege oder durch einen Vertreter. Es ist nun bei solchen Vertragsschlüssen nicht verkehrsüblich, daß der Vertrag bis in die Einzelheiten hinein (z. B. bei Verhandlungen durch Telephon oder Telegraph) ausgebaut wird. Vielmehr wird in den meisten Fällen eine Partei (meist der Verkäufer) ein Bestätigungsschreiben senden, in dem dann die einzelnen Punkte fixiert sind, also etwa die Zahlungsweise, die Kosten für Fracht und Verpackung usw. Das Bestätigungsschreiben bildet hier also eine Ergänzung zu dem abgeschlossenen Vertrage[2]. Wenn nun der Empfänger dazu schweigt, so darf der Absender daraus entnehmen, daß der

1 S. hierzu vor allem Staub § 346, Anmerk. 16; Anh. zu § 372, Anmerk. 38 – 39; Staudinger § 146, 3; Danz a. a. O. § 10, S. 87; OLG.-Entscheidg. 8, 28 (Hamburg u. Kiel); RG.-Entscheidg. 58, 67; 52, 134; 54, 177 ff.; Bolze Bd. I, Nr. 654 (RG.-Entscheidg.); Seuffert 31, Nr. 262; Jur. Wochenschr. 1898, S. 482, Nr. 22; 1897, S. 88, Nr. 34; 1898, S. 162, Nr. 29; ROHG.-Entscheidg. 19, 122; 11, 434; 14, 371.

2 Vgl. Entscheidg. d. ROHG. 19, 122 und RG. 58, 67.

Empfänger einverstanden ist[1]. Denn war er nicht einverstanden, dann hätten Treu und Glauben und die redliche Handelssitte verlangt, daß er dies dem Absender mitteilte. Zu einem anderen Ergebnis kommen wir aber, wenn wir uns den Fall so denken, daß in dem Bestätigungsschreiben wesentliche Änderungen des abgeschlossenen Vertrags enthalten sind. Dann würde sich das Bestätigungsschreiben darstellen als ein Antrag auf Änderung des Inhalts des Vertrages. Dieser Antrag würde aber durch das Schweigen des Empfängers abgelehnt werden[2], da dieser in der Mehrzahl der Fälle auf sein Vertragsrecht vertrauen darf und (wie auch in dem obigen Falle der Kündigung des Versicherungsvertrages) in den meisten Fällen annehmen darf und muß, daß die andere Partei sich selbst der Vertragswidrigkeit ihres Verhaltens bewußt ist, und es nur noch einmal auf einen Versuch ankommen läßt, für sich günstigere Bedingungen zu erlangen[3]. Bei Anträgen auf unwesentliche Änderungen des Vertrages wird man dagegen eine Antwortpflicht annehmen müssen, wenn der Empfänger nicht einverstanden ist, besonders im Hinblick auf das bestehende Vertragsverhältnis, z. B. wenn der Schuldner seinen Gläubiger bittet, ihm die fälligen Zinsen für kurze Zeit zu stunden. Eine Antwortpflicht ist auch dann gegeben, wenn der Empfänger aus irgendwelchen Umständen ersieht, daß der Kontrahent über den Inhalt des Vertrages tatsächlich im Irrtum ist[4]. Denn er würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er ihn in diesem Irrtum beließe (s. oben), besonders, da er mit dem Absender des Bestätigungsschreibens in einem Vertragsverhältnis steht.

Bei der zweiten (oben erwähnten) Art des Bestätigungsschreibens, also in dem Falle, wo die Parteien Verhandlungen gepflogen haben, aber noch ohne zu einem festen Ergebnis zu kommen, ist das Schreiben als Vertragsantrag anzusehen. Läßt der Empfänger diesen Antrag unbeantwortet, so ist sein Schweigen im allgemeinen als Ablehnung zu deuten. Dagegen sind aber auch Fälle denkbar, wo sein Schweigen als Annahme zu gelten hat, z. B. wenn die Parteien ihre Verhandlungen nur unterbrochen, nicht abgebrochen haben und in dauernden Geschäftsbeziehungen miteinander stehen. Das entspricht durchaus der redlichen Handelssitte und dem Grundsatz von Treu und

1 S. Staudinger § 146, 1.

2 S. auch Jurist. Wochenschr. 1898, S. 482, Nr. 22 und OLG.-Entscheidg. 8, 28. Ebenso, wenn eine Faktura den Vermerk trägt: Erfüllungsort X. Dies bedeutungslos, da die Faktura nach Abschluß des Geschäfts übersendet wird. S. Staub, Anhang zu § 372, Anmerk. 34; ebenso RG.-Entscheidg. 52, 134. – Manche Entscheidungen sind in der Konstatierung einer Antwortpflicht strenger, s. ROHG.-Entscheidg. 11, 434; 14, 371.

3 Vgl. RG.-Entscheidg. 54, 177 ff. (am Ende) und Staudinger § 146, 3.

4 Ebenso Staudinger § 146, 3: „nur gegenüber dem gutgläubigen Absender".

Glauben. — Man wird annehmen dürfen, daß die dargelegte rechtliche Behandlung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben auch auf den Verkehr unter Nichtkaufleuten zu übertragen ist[1].

Abschließend können wir sagen: Ein allgemeines Prinzip, daß Schweigen als Zustimmung gilt, besteht nicht. Vielmehr muß jeder einzelne Fall gesondert betrachtet werden. Es müssen besondere Gründe vorhanden sein, wenn Schweigen als Annahme bzw. als Genehmigung gelten soll. Schweigen gilt dann als Zustimmung, wenn es nach den Umständen des Falles in dem Kontrahenten berechtigterweise das Vertrauen in die Zustimmung des Schweigenden erweckt und wenn dem Schweigenden eine Verletzung der im Verkehr gebotenen Redlichkeit zur Last fallen würde, falls sein Wille auf Verweigerung der Zustimmung gerichtet ist.

§ 8

Das Problem des Schweigens bei Vertragsschlüssen gewinnt auch noch ganz besondere Bedeutung auf einem sehr aktuellen Gebiete, nämlich im Tarifrecht. Wir müssen hier ausgehen von dem § 1 der Verordnung über Tarifverträge vom 23. Dezember 1918. Dort wird die Begriffsbestimmung des Tarifvertrages gegeben mit seinen verschiedenen Merkmalen. Uns kann in diesem Zusammenhang nur die Wirkung des Tarifvertrages interessieren, und diese ist nach § 1 die Unabdingbarkeit, d. h. seine bindende Geltung für die Beteiligten. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß ein Verzicht auf den tariflichen Lohn bzw. auf einen Teil desselben, jedenfalls für die Zukunft, unwirksam ist. Es ist nun aber die Frage aufgetaucht, ob ein (teilweiser) Verzicht auf bereits fällige oder auch schon länger zurückliegende Forderungen möglich ist. Es sei hier als Beispiel angeführt: Ein Arbeitnehmer bekommt am Lohntage einen Geldbetrag ausbezahlt, der unter den Sätzen des geltenden Tarifvertrages liegt. Er nimmt diesen Betrag widerspruchslos entgegen oder unterschreibt vielleicht sogar die Lohnliste und erklärt dadurch, daß er keine weiteren Ansprüche an den Arbeitgeber habe. Es fragt sich nun: Kann man in dem Schweigen des Arbeitnehmers bei Annahme des Geldes eine Willenserklärung erblicken, die auf Annahme der von dem Arbeitgeber stillschweigend gemachten Offerte eines Schulderlaßvertrages gemäß § 397 BGB. abzielt? Gleichzeitig wirft sich die zweite Frage auf: Wäre das überhaupt in Einklang zu bringen mit § 1 der Tarifverordnung? Diese Fragen sind

1 Staudinger § 146, 3.

ganz verschieden beantwortet worden, wie ja auch nicht anders zu erwarten ist bei Problemen, die einen so stark sozialpolitischen Anstrich haben. Es sei hier zunächst der Gedankengang der h. M. wiedergegeben. Diese geht davon aus, daß das „Unabdingbarkeitsprinzip nur die tarifwidrige Abänderung des Arbeitsvertrages, nicht aber die Änderung einer bereits entstandenen Schuld des Arbeitgebers (den teilweisen Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen fälligen Lohnanspruch) treffen wolle“[1]. Auf diesem Wege, also durch Loslösung des Lohnanspruchs aus dem Zusammenhang des ganzen Arbeitsverhältnisses und durch streng an das Wort gebundene Auslegung des § 1 der Tarifverordnung kommt die h. M. zu dem Ergebnis, daß sehr wohl ein teilweiser Verzicht auf den fälligen Lohn möglich sei, und daß dies durchaus nicht im Widerspruch stehe zur Tarifverordnung. Zur Begründung dieser Ansicht wird geltend gemacht, daß auch in andern Rechtsvorschriften, z. B. im § 619 BGB., gewisse Vereinbarungen zwar für die Zukunft unzulässig, jedoch für die Vergangenheit hinsichtlich des fälligen Anspruchs zulässig seien. Die h. M. unterscheidet streng zwischen dem Tarifvertrag selbst und dessen Durchführung und meint, durch die Tarifverordnung solle nur die Entstehung eines bestimmten Lohnanspruchs gesichert werden, nicht die tatsächliche Durchführung des Tarifvertrages. Wenn auch letzteres angestrebt werde, müßte es im Tarifvertrag ausdrücklich bestimmt werden. — Weiter: Durch § 1 der Verordnung werde die Regel der Vertragsfreiheit durchbrochen, es handele sich also um eine Ausnahmevorschrift, und deshalb dürfe diese nicht über ihren ausdrücklichen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden.

Die h. M. sieht in der ihr entgegengesetzten Ansicht auch eine Begünstigung der Lohndrücker unter den Arbeitnehmern, indem sie befürchtet, daß Arbeitnehmer, die sich zunächst mit geringeren Löhnen einverstanden erklären, dadurch tarifmäßig bezahlte Arbeitnehmer aus ihren Stellungen verdrängen, und dann später doch noch durch Nachforderungen selbst den Tariflohn erlangen.

Das wichtigste Argument aber, das die h. M. ins Feld führen kann, ist wohl ihre Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben. Es wird angenommen, daß, wenn der Arbeitnehmer sein Recht auf Tariflohn kennt oder ihm diese Kenntnis zugemutet werden kann und er trotzdem den niedrigeren Lohn eine Zeitlang schweigend angenommen hat, eine Rechtsverwirkung des Arbeitnehmers eingetreten sei. „Es liege ein venire contra factum proprium auf seiten des Arbeitnehmers vor. Wenn er nachträglich die Differenz zwischen dem empfangenen Lohn und dem Tariflohn geltend mache, so handele er gegen

1 S., auch zu den folgenden Ausführungen, Nipperdey, Beiträge z. Tarifrecht, S. 18 ff.

Treu und Glauben[1], deshalb könne seinem Anspruch die exceptio doli generalis entgegengesetzt werden"[1]. Weiter wird gesagt, die untertarifliche Bezahlung der Arbeitnehmer erfolge häufig aus zwingenden Gründen, da der Arbeitgeber in wirtschaftlich schwierigen Zeiten oft gezwungen wäre, seine Betriebe zu schließen oder bereits geschlossene Betriebe nicht wieder zu öffnen, wenn er die höheren Tariflöhne bezahlen müßte. Man beruft sich hier auch wohl auf Satz 2 des § 1 der Tarifverordnung, wo es heißt, daß vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen wirksam sind, soweit sie eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten. Man hat daraus den Schluß gezogen, daß eine solche Änderung zugunsten des Arbeitnehmers gegeben sei, wenn der Arbeitgeber andernfalls gezwungen wäre, seine Betriebe zu schließen und die Arbeitnehmer durch diese Maßnahme der Erwerbslosenfürsorge anheimfallen würden, da die vom Arbeitgeber angebotenen untertariflichen Löhne immer noch höher seien als die Sätze der Erwerbslosenfürsorge[1].

Man kann nicht leugnen, daß die Argumentation der h. M. teilweise recht einleuchtende Gründe bringt. Trotzdem muß man m. E. bei objektiver Beurteilung diese Lehre unbedingt ablehnen, und zwar in erster Linie, weil sie nicht in Einklang zu bringen ist mit dem Sinn des § 1 der Tv. Man muß sich doch vergegenwärtigen, daß die Tv. entstanden ist im Zusammenhang mit der nachrevolutionären Arbeiterschutzgesetzgebung, deren Ziel in erster Linie dahin geht, die Stellung des Arbeitnehmers gegenüber dem wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber zu kräftigen. Diese wirtschaftliche Überlegenheit des Arbeitgebers hätte diesen befähigt, ganz besonders in der Zeit des Überangebots an Arbeitskräften — also seit der Stabilisierung der Mark bis auf Jahre hinaus noch — die Löhne auf einen Stand herabzudrücken, der wahrscheinlich unter dem Existenzminimum liegen würde. Dies zu verhindern ist Aufgabe und Sinn der Tv. Der Arbeitnehmer soll unter allen Umständen den ihm tarifmäßig zustehenden Lohn bekommen. Von diesem Gesichtspunkte muß ausgegangen werden. Dann dürfte es auch keine Schwierigkeiten machen, die h. M. zu widerlegen.

Wenn man einmal von der Tv. ganz absieht, so ist es natürlich richtig, daß in dem Schweigen des Arbeitnehmers bei Entgegennahme des untertariflichen Lohnes die Annahme der vom Arbeitgeber stillschweigend gemachten Offerte zu einem Erlaßvertrag gemäß § 397 BGB. gesehen werden kann, besonders wenn sich dieser Vorgang längere Zeit

1 S. „Die Deutsche Arbeitsrechtkartothek", Rechtsprechg. 5. Jahrg., XII. Folge, u. 6. Jahrg., I. Folge, Nr. 164, Urteil d. Gewerbegerichts Werdau vom 30. 6. 1926. · S. auch Nipperdey a. a. O. S. 51.

hindurch wiederholt. Wir glauben, daß dies schon aus unseren obigen Ausführungen genügend klar hervorgeht. Aber der Fehler der h. M. ist m. E. in zwei Hauptpunkten zu suchen: 1. darin, daß sie das zusammengefaßte Schuldverhältnis, also den Arbeitsvertrag, scharf geschieden wissen will von den einzelnen aus dem Vertrag entstehenden Ansprüchen, und 2. verkennt die h. M. die Natur des zwingenden Rechts in § 1 der Tv.[1]. Zu 1. ist zu sagen, daß der Lohnanspruch nicht wie eine losgelöste Kaufgeldforderung behandelt werden kann[2]. Vielmehr muß er in dem ganzen Zusammenhang des unabdingbaren Dauerschuldverhältnisses gewürdigt werden. „Der Anspruch auf die fällige Lohnrate hängt so eng mit dem Arbeitsverhältnis zusammen, er ist so stark mit der Stellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis verknüpft, daß für ihn das Unabdingbarkeitsprinzip gelten muß, soll nicht der Umgehung dieses Grundsatzes Tür und Tor geöffnet werden." Es ist eine sklavische Bindung an das Wort, wenn man den § 1 der Tv. so auslegen will, daß dort nur der Arbeitsvertrag als solcher, nicht aber der einzelne Lohnanspruch erfaßt werde. Die Auslegung des betreffenden Paragraphen muß vielmehr nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB. erfolgen. Zu Punkt 2 ist zu sagen, daß, weil § 1 der Tv. eine Ausnahme von der Regel der Vertragsfreiheit darstellt, sich die zwingende Natur dieser Rechtsvorschrift von selbst ergibt, und daß diese, als Spezialgesetz, deshalb den betreffenden Vorschriften des BGB. vorgeht.

Wenn wir aber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben den objektiven Sinn des § 1 der Tv. suchen, so müssen wir m. E. zu dem Ergebnis kommen, daß ein Verzicht auf Teile der Tariflöhne bzw. -gehälter identisch ist mit einer von der Tv. abweichenden Vereinbarung von Arbeitsbedingungen, daß also ein solcher Verzicht genau so unwirksam ist wie eine abweichende Vereinbarung. Jede andere Lösung stellt sich dar als eine Umgehung des Gesetzes[3]. Deshalb steht nichts im Wege, daß der Arbeitnehmer auch später noch die Differenz zwischen dem empfangenen Lohn und dem Tariflohn geltend macht. Es ist hier die Frage aufgetaucht, ob der Arbeitnehmer auch noch nach dem Erlöschen des Dienstverhältnisses diese Differenz verlangen kann. M. E. muß auch diese Frage, wenigstens in gewissem Umfange, bejaht werden. Sie steht in engem Zusammenhang mit der andern schon oben erwähnten Frage, ob es nicht gegen Treu und Glauben

1 S. Kaskel, „Das neue Arbeitsrecht" § 2, III B.
2 S. Nipperdey a. a. O. S. 38.
3 S. Urteil d. Landgerichts Leipzig vom 25. 4. 1922 in „Die Deutsche Arbeitgeberkartothek" 4. Jahrg., XI. Folge, 1. Aug. 1925, und ebenda Urteil d. Landgerichts Königsberg vom 6. 3. 1923. Anscheinend derselben Meinung Kaskel: „Das neue Arbeitsrecht" § 34 u. § 2, III B, wo unter 2. gesagt wird, daß der „Einzelarbeitsvertrag stets und unter allen Umständen ipso iure einen tarifmäßigen Inhalt hat".

verstoße, wenn ein Arbeitnehmer längere Zeit vorbehaltlos den niedrigeren Lohn in Empfang nehme und dann später die Differenz nachfordere. Man muß hier ein sehr wichtiges psychologisches Moment in Betracht ziehen, nämlich die Furcht des Arbeitnehmers vor Kündigung und Arbeitslosigkeit. Diese wird fast immer vorhanden sein[1], besonders aber zu Zeiten des Überangebots an Arbeitskräften, da dann der Arbeitnehmer weiß, daß er nicht unersetzlich ist. Einen gewissen Schutz vor der Kündigung gewährt allerdings das Betriebsrätegesetz, da der Betriebsrat evtl. ein Vetorecht gegen die Entlassung von Arbeitskräften hat[2]. Trotzdem werden aber gewisse Hemmungen auf seiten des Arbeitnehmers immer vorhanden sein[3], weil er selbst einsichtig genug ist, daß der Betriebsrat oft tatsächlich nicht die Macht hat, die ihm das Gesetz verliehen hat, oder keinen Gebrauch davon macht. Das ist besonders zu sagen von Kleinbetrieben, wo das Betriebsrätegesetz dem Arbeitnehmer sowieso nur einen geringeren Schutz gewährt. Aus diesen Gründen ist es zu verstehen, daß der Arbeitnehmer sich scheut, während des laufenden Arbeitsvertrages die stillschweigende Offerte des Arbeitgebers zu einem Erlaßvertrag abzulehnen[4], und deshalb macht er oft die Differenz zwischen dem ausgezahlten Lohn und dem Tariflohn erst nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis geltend. Man könnte sagen, daß dies die Handlungsweise des Arbeitnehmers in milderem Licht erscheinen lassen könnte. Aber die Ansicht, daß der Arbeitnehmer, der in vorerwähnter Weise handelt, gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt, läßt sich doch damit wohl nicht widerlegen. Und sie wird sich wohl überhaupt nicht widerlegen lassen. Aber diese Sittenwidrigkeit muß eben in Kauf genommen werden, weil sonst die Tv. völlig wirkungslos werden würde. Wir sehen ein, daß dies Ergebnis nicht durchaus befriedigend ist. Denn die Tatsache ist nicht zu bestreiten, daß hier ein Handeln wider Treu und Glauben unter den Schutz des Gesetzes gestellt wird. Dies Ergebnis ist aber nicht zu umgehen. „Es wird aber dadurch gemildert, daß vom Standpunkt der Tv. aus der Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers gegen Treu und Glauben eine schlimmere Zuwiderhandlung des Arbeitgebers gegenübersteht, der gegenüber das Verhalten des Arbeitnehmers sich immerhin als etwas einer Notwehrhandlung Ähnliches darstellt. Denn vom

1 S. Nipperdey a. a. O. S. 43, Anmerk. 61.
2 S. Betriebsrätegesetz § 84 ff.
3 S. Nipperdey a. a. O. S. 63, Anmerk. 108 unten.
4 Nipperdey gibt a. a. O. S. 43 die Ansicht Hoenigers wieder, der übrigens im Ergebnis die h. M. teilt; nach Hoeniger handelt es sich bei dem stillschweigenden Verzicht um eine Fiktion. „Es sei eine Konstruktion voll innerer Unwahrheit. Selbstverständlich wollte der Arbeitnehmer nicht auf den Tariflohn verzichten. Der Verzicht würde ihm wider seinen Willen unterschoben."

Standpunkt der Tv. mißbraucht der Arbeitgeber die wirtschaftliche Übermacht, die die Verordnung auf seiner Seite sieht, in einer sowohl gegen die guten Sitten als auch gegen das Gesetz verstoßenden Weise, wenn er sie dazu benutzt, dem Arbeitnehmer die Errungenschaften des Tarifrechts wieder abzudingen, deren Wohltaten das Gesetz dem Arbeitnehmer gerade auf jeden Fall sichern will[1]." Aus all diesen Gründen müssen wir zu dem Ergebnis kommen, daß der Arbeitnehmer auch noch nach dem Erlöschen des Dienstverhältnisses die Differenz zwischen dem empfangenen Lohn und dem Tariflohn geltend machen kann, da erst dann die Hemmungen, die Furcht vor Entlassung und Arbeitslosigkeit und der moralische Druck des wirtschaftlich stärkeren Arbeitgebers fortfallen. Man wird aber diese Ansicht dahin einschränken müssen, daß der Arbeitnehmer seine Ansprüche spätestens unverzüglich nach seiner Entlassung geltend zu machen hat, wenn er ihrer nicht verlustig gehen will. Das entspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben; denn von diesem Zeitpunkt an besteht kein Grund mehr, den Arbeitnehmer noch länger zu schützen[2]. Es wäre auch für den Arbeitgeber ein unerträglicher Zustand, wenn längere Zeit nach der Entlassung noch Arbeitnehmer mit solchen Forderungen aufträten, denn jedwede Kalkulation würde dadurch unmöglich gemacht. Es dürfte interessieren, daß das Landgericht Königsberg in einem Urteil vom 6. März 1923[3] in seinen Ansichten noch erheblich weiter geht, indem es darlegt, daß „ein Arbeitnehmer, der unter dem Druck der wirtschaftlichen Verhältnisse, aus Furcht vor Entlassung und Arbeitslosigkeit erst nach Beendigung eines Dienstverhältnisses den Unterschied zwischen gezahltem und tarifmäßigem Lohn beanspruche, keineswegs gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben verstoße." Das Landgericht Königberg kommt zu demselben Endergebnis wie wir. Daß wir aber bezüglich der Frage, ob das vorerwähnte Verhalten des Arbeitnehmers gegen die guten Sitten und gegen Treu und Glauben verstoße, anderer Ansicht sind, wurde schon oben dargelegt.

Dem Einwand der h. M., daß bei Annahme der Unwirksamkeit der Verzichterklärung den Lohndrückern unter den Arbeitnehmern Tür und Tor geöffnet wären, indem sie sich zunächst stillschweigend mit den geringeren Löhnen einverstanden erklärten, dadurch tarifmäßig bezahlte Kollegen verdrängten, um dann später doch noch die Differenz geltend zu machen, kann entgegengehalten werden, daß

1 S. Urteil d. Landgerichts Leipzig vom 25. 4. 22 „Deutsche Arbeitgeberkartothek" 4. Jahrg., XI. Folge, IV ff.

2 S. Nipperdey a. a. O. S. 62.

3 S. „Die Deutsche Arbeitgeberkartothek" 4. Jahrg., XI. Folge, VI.

zweifellos das Feld für Lohnunterbietungen noch weit günstiger wäre, wenn man die stillschweigenden Schulderlaßverträge für wirksam hielte.

Ganz unhaltbar ist ferner die schon oben kurz erwähnte Ansicht, daß eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers, die ja nach § 1 Satz 2 der Tv. wirksam ist, gegeben sei, wenn der Arbeitgeber ausdrücklich oder stillschweigend untertarifliche Löhne vereinbart, mit der Begründung, daß er andernfalls gezwungen wäre, seinen Betrieb zu schließen und dadurch die Arbeitnehmer der Erwerbslosenfürsorge zugeführt werden müßten, deren Sätze noch unter dem geringeren Lohn liegen. Ein solcher Vertrag wäre m. E. in fraudem legis abgeschlossen. Denn es ist ganz eindeutig, daß, wenn das Gesetz von einer Änderung zugunsten des Arbeitnehmers spricht, es einen Vergleich gezogen wissen will zwischen dem tarifmäßigen Lohn und dem von den Arbeitsvertragsparteien gewollten Lohn. „Nur wenn letzterer den Arbeitnehmer unmittelbar begünstigt, ist § 1 Satz 2 der Tv. gegeben. Unmittelbar nachteilige Bedingungen fallen niemals darunter, auch wenn sie mittelbar schließlich zugunsten des Arbeitnehmers sind“[1]. Gegenüber dem häufig gemachten Einwand, möglicherweise gestatte die wirtschaftliche Lage des Unternehmers gar nicht, die Arbeitnehmer tarifmäßig zu entlohnen, hat das Landgericht Leipzig in seinem Urteil vom 25. April 1922[2] sehr treffend ausgeführt, „dieser Einwand entspringe einer Anschauung, die dem Standpunkt des modernen Arbeitsrechts aufs schärfste zuwiderlaufe. Niemand werde auf den Gedanken kommen, daß ein Unternehmen, dem die Mittel fehlen, Rohstoffe, Maschinen u. dgl. zu den üblichen und angemessenen Preisen einzukaufen, deshalb nun irgendwie verlangen könne, sie unter diesen Preisen zu bekommen. Es sei kein Grund zu erkennen, weshalb das auf dem hier in Betracht kommenden Gebiete anders sein solle“. Dieser Standpunkt des Landgerichts Leipzig entspricht durchaus den volkswirtschaftlichen Grundsätzen: ein Betrieb, der nicht einmal seine Arbeitnehmer zu den angemessenen Tariflöhnen bezahlen kann, arbeitet so unrentabel, daß er, so hart das im einzelnen Falle erscheinen mag, keine Existenzberechtigung mehr hat.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis: Das Schweigen des Arbeitnehmers bei Inempfangnahme des untertariflichen Lohnes kann als Annahme der vom Arbeitgeber stillschweigend gemachten Offerte zu einem Erlaßvertrag gemäß § 397 BGB. gewertet werden. Solche Erlaßverträge sind aber unwirksam, da sie gegen die Tv. verstoßen. Würde

1 S. Nipperdey a. a. O. S. 12.
2 „Die Deutsche Arbeitgeberkartothek“ 4. Jahrg., XI. Folge, IV.–V.

man die Verzichtsverträge anerkennen, so bedeutete das „die Legalisierung eines Schleichweges, auf dem das Gesetz umgangen werden könnte. Die Parteien könnten dann die Unabdingbarkeit sabotieren". Wenn man der h. M. folgen würde, so müßte man es theoretisch für möglich halten, daß alle Arbeiter jeweils auf die tariflichen Mehrforderungen verzichten und damit tatsächlich die Tariflöhne beseitigen. Das Ergebnis beweist allein genug!

Alle Erwägungen führen zu dem sicheren Schluß, daß nur die Unwirksamkeit des Verzichts dem Willen und dem objektiven Sinn der Tv. entspricht.

Lebenslauf.

Ich wurde am 29. Oktober 1902 in Zürich geboren als Sohn des Verlegers Wilhelm Girardet und seiner Ehefrau Gertrud geb. Wiebe. Im Jahre 1906 siedelten wir nach Essen über, wo ich von Ostern 1912 bis Ostern 1921 das Städtische Gymnasium zu Essen-Rüttenscheid besuchte und mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte dann in Tübingen und Marburg Jura und Nationalökonomie und bestand am 31. Oktober 1925 in Kassel die erste juristische Prüfung und am 2. August 1927 die mündliche Doktor-Prüfung an der Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn.

Druck W. Girardet, Essen